

Tilburg University

Concurrentie op de thuiszorgmarkt in Nederland: onderzoek van TILEC voor ACTIZ
van Damme, Eric

Publication date:
2009

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Damme, E. (2009). *Concurrentie op de thuiszorgmarkt in Nederland: onderzoek van TILEC voor ACTIZ: Deel 4: samenwerking in de zorg: een economisch perspectief*.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**CONCURRENTIE OP DE THUISZORGMARKT IN NEDERLAND:
ONDERZOEK VAN TILEC VOOR ACTIZ**

**DEEL 4:
SAMENWERKING IN DE ZORG:
EEN ECONOMISCH PERSPECTIEF***

Eric van Damme*

November 2009

Herzien December 2009

TILEC (Tilburg Law and Economics Center)
Tilburg University
PO Box 90153
5000 LE Tilburg
The Netherlands

* Onderzoek in opdracht van ActiZ, de organisatie van zorgondernemers; zie <http://www.actiz.nl/>

* Prof.dr. E.E.C. van Damme, Tilburg University, CentER for Economic Research en Tilburg Law and Economics Center (TILEC), Postbus 90153, 5000 LE Tilburg. Tel +31-13-4663045, Fax +31-13-4663066, e-mail: Eric.vanDamme@uvt.nl. De auteur bedankt Jan Boone (TILEC/UvT), Yvonne Maasdam (Maasdam advocaten) en Wolf Sauter (NZa en TILEC/UvT) voor hun commentaar op een eerdere versie; de auteur alleen is verantwoordelijk voor de inhoud en eventuele resterende fouten en onzorgvuldigheden.

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding	3
2. De mededingingswet en de richtsnoeren voor de zorgsector.....	11
2.1 Het verbod uit Artikel 6 lid 1 Mw	12
2.2 Niet alle afspraken vallen onder artikel 6, lid 1 Mw	15
2.3 Afspraken die toegestaan zijn op basis van artikel 6, lid 3 Mw	16
2.4 De huidige richtsnoeren voor de zorgsector.....	19
2.5 Conclusie	23
3. Samenwerking op de markten voor zorgverlening	24
3.1 Het belang van samenwerking	24
3.2. Zorgketens: economische theorie	27
4. Ketenzorg, zorgnetwerken en de richtsnoeren voor de zorgsector	32
4.1. Ketenzorg: de definitie	33
4.2. Theories of harm	35
4.3. (Zuivere) ketens van niet-concurrenten.....	38
4.4. Netwerken waarin (potentiële) concurrenten participeren	42
5. Conclusie.....	47

1. Inleiding

Op 9 juli 2009 stuurden Minister Klink en Staatssecretaris Bussemaker van VWS de brief “Ruimte en rekenschap voor zorg en ondersteuning” naar de Tweede Kamer.¹ De brief, geeft aan wat bereikt werd sinds in 2006 de omslag van een aanbodgestuurd systeem naar een meer vraaggericht stelsel gemaakt werd, en op welke punten dit stelsel, gegeven de ervaringen bijgesteld moet worden. De uitgangspunten van het beleid staan niet ter discussie: (i) de cliënt staat centraal, (ii) de overheid is verantwoordelijk voor de publieke belangen – kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg – die zij borgt via een goed functionerend systeem van gereguleerde marktwerking binnen door haar gestelde kaders, en (iii) binnen deze randvoorwaarden hebben spelers (zorgaanbieders en verzekeraars) handelingsvrijheid, zodat zij de specifieke wensen van cliënten inderdaad voorop kunnen stellen. Wel signaleren de bewindslieden een aantal aandachtspunten en formuleren zij beleidsvoorstellen die voorzien in aanscherping op een aantal punten, en verduidelijking, met als doel te borgen dat het belang van de cliënt inderdaad centraal komt te staan.

Paragraaf 3 van die brief gaat over samenwerkingsvormen in de zorg.² De bewindslieden stellen dat, als gevolg van de toegenomen ruimte die zorgaanbieders gekregen hebben om naar eigen inzicht aan de wensen en behoeften van cliënten tegemoet te komen, er in toenemende mate vormen van samenwerking ontstaan zijn die in het belang van de cliënten zijn. Anderzijds zien de bewindslieden ook dat bij fusievoorstellen het belang van de cliënt niet altijd centraal lijkt te staan, en formuleren zij een aantal voorstellen om te bewerkstelligen dat dit in de toekomst wel zo zal zijn.³ Met betrekking tot samenwerking in de zorg constateren de bewindslieden vooral een gebrek aan duidelijkheid over wat wel en wat niet is toegestaan, alsmede een proces van gewinning aan het nieuwe stelsel:

¹ <http://www.minvws.nl/kamerstukken/mc/2009/ruimte-en-rekenschap-voor-zorg-en-ondersteuning.asp>

² Het gaat in die paragraaf over samenwerking op markten voor zorgverlening. Ook in dit rapport staan die markten centraal.

³ Dit betreft onder andere het verbeteren van het interne besluitvormingsproces, via een door de bestuurders van de instellingen op te stellen fusie-effect rapportage (waaruit de meerwaarde van de fusie moet blijken), alsmede door het aanscherpen van de randvoorwaarden, door middel van een zorgspecifieke fusietoets door de IGZ. In deze bijdrage ligt de nadruk niet op fusies, maar op (minder vergaande) samenwerkingsvormen.

“[Het] blijkt dat er onduidelijkheid bestaat over wat wel en niet is toegestaan op het gebied van samenwerking en over de rolverdeling hierbij tussen de verschillende betrokken toezichthouders, waaronder de IGZ, de NZa en de NMa.⁴ Aanbieders van zorg en ondersteuning moeten ook wennen aan het feit dat er grenzen worden gesteld aan bepaalde samenwerkingsvormen; door sommigen wordt zelfs gesproken over de noodzaak van een cultuuromslag.”

Het is ongetwijfeld juist dat aanbieders hebben moeten wennen aan het feit dat er grenzen aan hun onderlinge samenwerking gesteld worden, en wel door de NMa op grond van de mededingingswet. Vóór de stelselherziening was er geen sprake van (gereguleerde) marktwerking, konden aanbieders niet met elkaar concurreren, en was de mededingingswet dus niet van toepassing.⁵ Nu markten gecreëerd en (ten dele) geliberaliseerd zijn, wordt de mededingingswet (onverkort) toegepast. Dit impliceert dat sommige samenwerkingsvormen verboden zijn, terwijl andere zijn toegestaan, waarbij er een grijs gebied is, en de grens bovendien context- en marktspecifiek kan zijn. Het is daarom logisch, maar ook onvermijdbaar, dat er enige onduidelijkheid bestaat over wat wel en wat niet mag.

Het gebrek aan duidelijkheid wordt echter ook veroorzaakt doordat VWS (de marktmeester voor de sector) andere signalen richting de sector uitzendt dan de NMa (de algemene markttoezichthouder). Waar VWS in diverse beleidsstukken het belang van

⁴ In dit rapport zullen we niet in detail ingaan op de wenselijke rolverdeling tussen de verschillende betrokken toezichthouders en het ministerie; de nadruk zal liggen op de vraag welke samenwerkingsvormen tussen zorgaanbieders, vanuit economisch perspectief, toegestaan zouden moeten worden. Voor wat betreft de rolverdeling tussen toezichthouders bij de beoordeling van samenwerkingsvormen stelt de NMa in de “Richtsnoeren voor de Zorgsector” dat de NZa hierbij geen *formele* rol heeft; zie i.h.b. de tabel in rnr. 40. Vanwege de sectorspecifieke kennis die bij de NZa aanwezig is, en het bijzondere karakter van de zorgsector (zie hiervoor ook het eerste Deelrapport van TILEC voor ActiZ) ligt het voor de hand dat de NZa op zijn minst een informerende rol toekomt, mogelijk ook een adviserende; zie hierover ook § 2.4 van dit rapport. De IGZ zou een belangrijke rol kunnen spelen bij het zichtbaar maken van kwaliteitswinst bij samenwerking.

⁵ Strikt genomen was bij de stelselherziening geen sprake van een ‘big bang’, maar werd geleidelijk meer marktwerking mogelijk. De huidige Richtsnoeren voor de zorgsector dateren van december 2007 en vormen een herziening van eerdere Richtsnoeren die de NMa op 14 oktober 2002 publiceerde. De reden voor de aanpassing eind 2007 was dat toen in meer deelsectoren van de zorg (gereguleerde) marktwerking was ingevoerd, zodat concurrentie meer kans kreeg, en de rol van de NMa toenam.

samenwerking ten gunste van de patiënt benadrukt, ziet de NMa, ook in de Richtsnoeren voor de zorgsector, toch vooral de potentiële nadelen van samenwerking voor de concurrentie. Gegeven dat de sector zowel met VWS als met de NMa te maken heeft, is daarom begrijpelijk dat vanuit de sector soms geklaagd wordt over onduidelijkheid. Het is bijgevolg wenselijk dat in de toekomst de marktmeester als de mededingingsautoriteit dezelfde taal spreken. Dit rapport⁶ van TILEC voor ActiZ beoogt een bijdrage daartoe te leveren door een economisch perspectief te presenteren op samenwerkingsvormen op markten voor zorgverlening dat zowel recht doet aan de uitgangspunten van VWS als aan de randvoorwaarden opgelegd door de mededingingswet.

Zoals de bewindslieden van VWS stellen is het gebrek aan duidelijkheid over wat wel en niet is toegestaan vooral problematisch omdat dit het vormen van samenwerkingsverbanden die in het belang van de cliënt zijn tegen kan gaan. In lijn met eerdere beleidsdocumenten van VWS, maakt de brief van juli opnieuw duidelijk dat de bewindslieden van VWS hechten aan samenwerking bij zorg en ondersteuning, en dat zij uitgaan van de premisse dat samenwerking belangrijke voordelen voor de cliënt kan hebben. Zij uiten daarom hun zorg dat de grens onduidelijk is, of op de verkeerde plaats getrokken wordt, met als gevolg nadeel voor de cliënt. Zij schrijven:

“Voorkomen moet worden dat het ontstaan van innovatieve samenwerkingsvormen wordt verhinderd vanwege onzekerheid of de samenwerkingsvorm wel wettelijk is toegestaan”.

De bewindslieden menen dan ook dat het noodzakelijk is dat meer duidelijkheid geboden wordt over welke samenwerkingsvormen wel, en welke niet zijn toegestaan. In hun brief kondigen zij aan dat zij de toezichthouders zullen vragen hun toezichts- en handavingskaders zoveel mogelijk te expliciteren om de onduidelijkheden voor het veld, waar mogelijk, weg te nemen, onder andere door bij veel voorkomende

⁶ Dit rapport is het vierde in een serie van vijf rapporten die TILEC voor ActiZ gemaakt heeft. Drie van deze rapporten gaan over samenwerking in de zorg; verderop in deze inleiding wordt meer gezegd over de samenhang tussen deze rapporten. Dit rapport vormt een verdieping en uitbreiding van het eerste deelrapport.

samenwerkingsvormen in de zorg zo concreet mogelijk aan te geven wat wel en niet is toegestaan.

Ongeveer tegelijkertijd, op 27 juli 2009, kondigde de NMa op haar website een consultatie aan ten behoeve van de herziening van de “Richtsnoeren voor de zorgsector” (vanaf nu: de Richtsnoeren). Belanghebbenden werden daarbij uitgenodigd om, op basis van hun eigen ervaringen, commentaar te geven op deze Richtsnoeren. De NMa gaf aan de Richtsnoeren verder te willen verduidelijken, bijvoorbeeld door het toevoegen van extra voorbeelden die direct aansluiten op de dagelijkse praktijk. Daarbij gaf de NMa ook aan dat de herziening zich niet zou richten op de mededingingsrechtelijke inhoud van de Richtsnoeren: het beoordelingskader van de NMa staat niet ter discussie. Anders geformuleerd: de NMa zal proberen duidelijker te maken waar de grens ligt, maar zij denkt niet dat zij die grens, in de Richtsnoeren, op de verkeerde plaats getrokken heeft.

In het eerste deelrapport van TILEC voor ActiZ heb ik betoogd dat een meer fundamentele discussie dan de NMa klaarblijkelijk beoogt wenselijk, of zelfs noodzakelijk is.⁷ Hierbij staat de toepassing van de mededingingswet op de zorgsector als zodanig niet ter discussie,⁸ maar wel de concrete invulling die daaraan in de Richtsnoeren gegeven wordt. Die noodzaak tot een meer fundamentele discussie volgt allereerst omdat de insteek die de NMa in de huidige Richtsnoeren kiest, een heel andere is dan die van VWS. Wat volgens VWS voorop staat, de mogelijkheid dat een afspraak m.b.t. zorgverlening “welvaartsverhogend” is, en dus wenselijk, wordt door de NMa als secundair beschouwd. Het motto “samenwerking, tenzij” dat VWS hanteert is duidelijk anders dan de aanpak “verboden, tenzij” die in de Richtsnoeren van de NMa gevolgd wordt. Zonder een fundamentele discussie over deze verschillende perspectieven, en hoe deze verenigd kunnen worden, blijft voor de sector onduidelijkheid bestaan, met de door de bewindslieden van VWS aangegeven risico’s als gevolg.

⁷ Eric van Damme: “Concurrentie op de thuiszorgmarkt in Nederland: Onderzoek van TILEC voor ActiZ; Deel 1: De Richtsnoeren voor de zorgsector: Een economisch perspectief”, December 2009.

⁸ Ook over de vraag of de mededingingswet *onverkort* op de zorgsector van toepassing zou moeten zijn, kan nog wel gediscussieerd worden. Zo geldt bijvoorbeeld in de Verenigde Staten dat de Antitrust Laws niet onverkort in de zorgsector van toepassing zijn; zie de “Statements of Antitrust Policy in Health Care” van het DOJ en de FTC, beschikbaar op <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0000.htm>

Een belangrijke vraag is natuurlijk waarom de marktmeester voor de sector (VWS) en de algemene markttoezichthouder (NMa) een zo verschillend perspectief hanteren. De verklaring die ik in het eerste deelrapport daarvoor geef, is dat VWS uitgaat van de bijzondere eigenschappen van de zorgsector,⁹ terwijl de NMa deze sector toch meer als een “normale” ziet, en minder oog heeft voor de bijzonderheden. In dat eerste deelrapport laat ik ook zien dat de zorgsector inderdaad bijzonder is: diverse vormen van marktfalen spelen een rol, en dit heeft als gevolg dat zorgmarkten anders functioneren dan normale.¹⁰ Dit is meteen de tweede reden waarom een fundamentele herziening van de Richtsnoeren gewenst is: de huidige Richtsnoeren houden onvoldoende rekening met de bijzonderheden van de zorgsector. Dit leidt ertoe dat de NMa te weinig oog heeft voor de positieve aspecten van samenwerking in deze sector en te weinig aandacht schenkt aan de uitzonderingen van het kartelverbod op grond van het derde lid van artikel 6 van de mededingingswet. In dit rapport benoem en analyseer ik een aantal bijzonderheden van zorgmarkten, en laat ik zien dat deze inderdaad tot een meer positieve appreciatie van samenwerking leiden dan in “normale” sectoren en markten gebruikelijk is.

In feite klaagt de sector niet alleen over onduidelijkheid, maar ook over de geringe bruikbaarheid van de huidige Richtsnoeren. Het toevoegen van extra voorbeelden die direct aansluiten op de dagelijkse praktijk zal op dit punt zeker een positieve bijdrage leveren, maar het zal niet alle klachten van dit type wegnemen. Klachten zullen resteren, waaronder ook terechte. Dit brengt ons bij de derde reden waarom een fundamentele herziening van de Richtsnoeren gewenst is: een “marginale” herziening zoals voorgenomen door de NMa zal niet voldoen aan het verzoek van de bewindslieden van VWS om, waar mogelijk, zo concreet mogelijk aan te geven wat wel en niet is toegestaan. De geringe bruikbaarheid van de huidige Richtsnoeren wordt namelijk veroorzaakt door het eenzijdige perspectief dat de NMa hanteert, gekoppeld aan een

⁹ In ieder geval is bij de vormgeving van het Nederlandse zorgstelsel wel met deze bijzonderheden (“vormen van marktfalen”) rekening gehouden; zie Memorie van Toelichting bij de WMG, Hoofdstuk 3 “Bijzonderheid zorgmarkten”, Tweede Kamer 2004-2005, 30186, nr. 3.

¹⁰ Economen spreken van marktfalen als (volkomen) concurrentie niet tot een (Pareto) efficiënte uitkomst leidt. Voor een uitgebreider beschouwing over marktfalen in de zorgsector, en de consequenties daarvan voor het mededingingsbeleid, verwijs ik naar het eerste deelrapport

tekortschietende methode waarmee de Richtsnoeren zijn opgesteld. Beide aspecten zijn overigens gerelateerd aan, en vermoedelijk terug te voeren tot, het “basisprobleem”, de geringe aandacht voor de sectorspecifieke aspecten.

De NMa heeft de huidige Richtsnoeren opgesteld op basis van bestaande Europese groepsvrijstellingen. In de kern stellen de Richtsnoeren slechts wat voor de hand liggend is, namelijk dat, als een overeenkomst in de zorg voldoet aan de voorwaarden uit een Europese groepsvrijstelling, deze overeenkomst is vrijgesteld van het kartelverbod. Als methode is het afleiden van het bijzondere uit het generieke echter niet geschikt omdat daarmee geen recht gedaan wordt aan de bijzondere eigenschappen van de zorgsector. Die methode resulteert bovendien in (te) kleine “veilige havens”, waaraan in veel gevallen niet voldaan zal zijn. Dit is al een eerste reden voor de geringe bruikbaarheid van de Richtsnoeren. De tweede en belangrijker reden daarvoor is dat het voldoen aan de voorwaarden uit een groepsvrijstelling voor een overeenkomst niet noodzakelijk is om toch toegestaan te zijn. Gegeven het lokale karakter van diverse markten en de bijbehorende grote marktaandelen van diverse spelers, lijkt de sector vooral behoefte te hebben aan uitspraken over wanneer afspraken die buiten de veilige havens vallen toch toegestaan zijn. De Richtsnoeren bevatten echter geen uitspraken van dit type, en bijgevolg hebben zij een geringe bruikbaarheid.

Op dit punt zou de NMa zeker meer duidelijkheid kunnen verschaffen. Een samenwerkingsovereenkomst die de mededinging beperkt is toegestaan als aan de voorwaarden uit het derde lid van artikel 6 van de mededingingswet voldaan is. In de huidige Richtsnoeren noemt de NMa dit ook, maar zij voegt er dan steeds meteen aan toe dat de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen zelf moeten nagaan of aan deze voorwaarden voldaan is. Dit is onbevredigend; zorgondernemingen zijn geen experts op dit terrein, en de NMa zou hun hierbij *guidance* kunnen geven. De NMa zou zich op dit punt kunnen spiegelen aan de Europese Commissie die, in vergelijkbare gevallen, een dergelijk houvast wel geeft. Juist nu er op het specifieke terrein van de zorg geen Europese richtsnoeren zijn, kan (of moet) de NMa een voortrekkersrol spelen. In dit rapport laat ik zien dat deze weg bewandeld kan worden: het is mogelijk de Richtsnoeren

te verbeteren en de sector meer houvast te bieden. Dit vereist echter wel een opener oog voor de voordelen van samenwerking in de zorg.

Een integrale analyse of een samenwerkingsafspraken al dan niet valt onder het kartelverbod vereist dat met sectorspecifieke aspecten rekening gehouden wordt. Immers, niet uitgesloten kan worden dat de aanname dat concurrentie het beste middel is het doel (welvaart en welzijn) te bereiken beter bij bepaalde sectoren past dan bij andere. De grens (tussen wat wel en wat niet mag) kan alleen bepaald worden door gebruik te maken van economische, feitelijke en juridische analyse, en wel op basis van *first principles*. Tot op dit moment heeft de NMa dergelijke analyses, op algemeen niveau, nog onvoldoende uitgevoerd. De NMa is daartoe echter wel in staat. Zij kan nieuwe Richtsnoeren voor de zorg formuleren op basis van integrale analyse van artikel 6 Mw, waarbij bovendien oog is voor de bijzondere aspecten van de zorgsector. Op zijn minst zou de NMa kunnen aangeven hoe de kaders uit de Europese richtsnoeren toegepast kunnen worden op de zorg. Mijn stelling is dat de NMa ook naar dergelijke, bruikbare, richtsnoeren moet streven. Alleen dan wordt het risico voorkomen dat de grens, tussen wat toegestaan en wat verboden is, op de verkeerde plaats getrokken wordt, en dat samenwerkingsvormen die in het belang zijn van de cliënt niet tot stand gebracht worden.

In dit rapport geef ik een aanzet tot het maken van een integrale economische analyse van samenwerkingsovereenkomsten in de zorg. Dit rapport is een aanvulling op het eerste deelrapport van TILEC voor ActiZ, en verdiept het, door een begin te maken met de economische effectanalyse waarnaar in dat eerste rapport gevraagd wordt. Het door Kuipers en De Haan geschreven vijfde deelrapport¹¹ handelt ook over deze materie. In dat rapport wordt vanuit bedrijfseconomisch perspectief naar de voor- en nadelen van samenwerking gekeken. Samen geven deze drie rapporten een eerste antwoord op de tweede onderzoeksvraag die door ActiZ aan TILEC was voorgelegd:

¹¹ Cindy Kuipers en Job de Haan: “Concurrentie op de thuiszorgmarkt in Nederland: Onderzoek van TILEC voor ActiZ; Deel 5: Samenwerkingsverbanden in de zorg: Wat zijn de voordelen voor de cliënt en wanneer wegen deze op tegen het risico op negatieve gevolgen veroorzaakt door machtsmisbruik van de regievoerende partij?”, Oktober 2009.

Hoe beïnvloeden diverse vormen van samenwerking het functioneren van de thuiszorgmarkt, d.w.z. wat is het effect van (vormen van) samenwerking op de marktuitsluiting?

De rapporten laten zien dat samenwerking tussen aanbieders in veel gevallen tot voordeel voor de cliënt kan leiden, zonder dat de concurrentie wezenlijk geschaad wordt. De conclusie is bijgevolg dat, met meer aandacht voor de bijzonderheid van de zorgsector, er ook meer ruimte voor samenwerking geboden zal worden.

De opbouw van het vervolg van dit rapport is als volgt. § 2 bespreekt artikel 6 van de Mededingingswet en de huidige NMa Richtsnoeren voor de zorg, en laat zien dat de NMa de zorg als een “normale” sector ziet, met relatief weinig aandacht voor de positieve effecten van samenwerking op markten voor zorgverlening. Een conclusie van deze paragraaf is dat de NMa de sector meer duidelijkheid zou kunnen bieden door, net zoals de Europese Commissie doet, in de herziene Richtsnoeren het kader te schetsen hoe afspraken beoordeeld zullen worden die buiten de “veilige havens” vallen, en welke criteria bij deze beoordeling een rol spelen. §3 gaat in op het belang van samenwerking in de zorg en bespreekt de relevante economische theorie. Deze laat zien dat, bij complementariteit van de door de zorgaanbieders aangeboden diensten, of bij positieve externe effecten, afstemming beter is dan concurrentie. Deze paragraaf kan gezien worden als een bouwsteen voor het kader waarnaar in §2 gevraagd wordt. In § 4 bespreek ik ketenzorg en de behandeling van zorgnetwerken in de huidige Richtsnoeren. Ik betoog dat de Richtsnoeren eenzijdig zijn, omdat de nadruk ligt op “theories of harm” en dat, in een aantal gevallen, de risico’s voor negatieve effecten bovendien overschat worden. De Richtsnoeren zouden op een aantal punten moeten worden aangepast, en concrete suggesties voor hoe dat te doen worden gegeven. Natuurlijk moeten in het uiteindelijke kader ook de positieve aspecten uit §3 worden meegenomen. §6 bevat een korte conclusie. Omdat zorgnetwerken meer positieve effecten hebben dan nu in de richtsnoeren erkend wordt, en minder negatieve, zouden zorgnetwerken eerder moeten worden toegestaan.

2. De mededingingswet en de richtsnoeren voor de zorgsector

Een rode draad die door de kamerbrief van juli van de bewindslieden van VWS loopt, is dat samenwerking gewenst is en aangemoedigd moet worden; als er negatieve effecten zijn, moeten die via verbeterde transparantie en versterkt intern en extern toezicht vermeden worden. In dit kader heeft het mededingingstoezicht zeker een belangrijke rol te spelen, maar vooral moet toch voorkomen worden dat, als gevolg van onduidelijke kaders, wenselijke vormen van samenwerking niet tot stand komen. Deze insteek is anders dan die van de NMa. Waar VWS het belang van samenwerking ten gunste van de patiënt benadrukt, ziet de NMa toch vooral de potentiële nadelen van samenwerking voor de concurrentie. Het motto “samenwerking, tenzij” is duidelijk anders dan de aanpak “verboden, tenzij” die in de Richtsnoeren van de NMa gevolgd wordt. De vraag is hoe deze twee uitgangspunten met elkaar te combineren zijn. Om deze vraag te beantwoorden, bespreken we eerst het relevante artikel uit de Mededingingswet dat voor de NMa het uitgangspunt voor haar handelen vormt.

De taak van de NMa is het toepassen en handhaven van de Mededingingswet. Voor de beoordeling van samenwerkingsvormen is vooral artikel 6 Mw van belang.¹² De volledige tekst van dit artikel luidt als volgt:

Artikel 6 Mw

1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

2. De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.

3. Het eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit

¹² Het Europese equivalent van artikel 6 Mw is (sinds 1 december 2009) Artikel 101 VWEU; voorheen was dit Artikel 81 EG; met het Verdrag van Lissabon is alleen de nummering veranderd, de inhoud niet. Hoewel artikel 101 VWEU geen vierde lid kent, is de bewijslastverdeling in Europa dezelfde als in Nederland.

voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of

b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

4. Een onderneming of ondernemersvereniging die zich op het derde lid beroept, bewijst dat aan dat lid is voldaan.

Bondiger geformuleerd geldt dus dat afspraken tussen ondernemingen die de concurrentie beperken zijn verboden, tenzij ze aan vier cumulatieve voorwaarden voldoen:

- (i) ze zijn “efficiëntieverhogend”;
- (ii) een billijk aandeel van de efficiëntiewinst komt de bij de gebruiker terecht;
- (iii) de mededinging wordt niet verder beperkt dan nodig is; en
- (iv) in de markt blijft een voldoende mate van concurrentie over.

In het vervolg van deze paragraaf geven we een wat uitgebreidere toelichting en commentaar op dit kernartikel van de mededingingswet.

2.1 Het verbod uit Artikel 6 lid 1 Mw

De premisse die aan de Mededingingswet ten grondslag ligt is dat concurrentie goed is, en dat beperking of belemmering van de concurrentie dus ongewenst is. Afspraken tussen ondernemingen zijn bijgevolg verdacht, omdat zij de voordelen van concurrentie teniet kunnen doen. Vandaar dat de hoofdregel (artikel 6, lid 1 Mw) is dat afspraken, of onderling afgestemde gedragingen (oafg's), die de concurrentie belemmeren verboden zijn. De bewijslast dat een overeenkomst (of oafg) de mededinging beperkt ligt bij de NMa.

In artikel 6, lid 1 Mw wordt een onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten (afspraken) en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (oafg's). Van een oafg is sprake als ondernemingen hun gedrag coördineren en onderlinge concurrentie bewust vervangen door onderlinge afstemming. Bij een oafg gaat het “om een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van

de mededinging welbewust vervangt door feitelijke samenwerking.”¹³ Het is een onderneming niet verboden zich intelligent aan te passen aan de marktomstandigheden, of aan het gedrag van de andere spelers op de markt. Waar de scheidslijn ligt tussen onderlinge afstemming en concurrentieel gedrag is niet met weinig woorden in zijn algemeenheid aan te geven. In dit rapport zullen we geen onderscheid maken tussen overeenkomsten en oafg’s; voor “overeenkomst” kan steeds “overeenkomst of oafg” gelezen worden.

Alleen afspraken (en oafg’s) die de mededinging verhinderen, beperken, of vervalsen zijn op basis van artikel 6, lid 1 Mw verboden. Bij de boordeling of van een dergelijke beperking sprake is moet de mededingingsautoriteit rekening houden met de economische en juridische context van de markt en met het doel van de afspraak. Zo heeft het Europese Hof van Justitie gesteld: “Met betrekking tot de vraag of een oafg mededingingsbeperkend is, zijn met name relevant de objectieve doelstellingen die zij nastreeft en de economische en juridische context ervan.”¹⁴ In vergelijkbare zin heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven gesteld: “Teneinde vast te stellen of een gedraging ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt, moet de gedraging worden onderzocht binnen de economische context waarin zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van partijen en de wijze waarop zij daadwerkelijk op de markt optreden, de producten of diensten waarop de gedraging betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.”¹⁵ Dit onderzoek naar de economische en juridische context is vooral van belang bij markten die recent geliberaliseerd zijn, d.w.z. bij markten die nog in transitie zijn.¹⁶ Dit is zeker in de zorg het geval.

¹³ Zie bijvoorbeeld het Arrest van het Europese Hof van Justitie van 4 juni 2009 in de zaak T-Mobile e.a. t. NMa (zaak C-8/08), rnr. 26. In het vervolg van deze paragraaf zullen we nog een aantal keer naar deze belangrijke, recente, uitspraak verwijzen.

¹⁴ HvJ EG, zaak C-8/08, rnr. 27.

¹⁵ Zie zaak *Modint* (LJN: AU5316), 28 oktober 2005, par. 7.2.2. Zie ook het CBb in de *Secon* zaak (LJN: AU8309, AWB 04/237 en 04/249), 7 december 2005, alsmede de uitspraak van het CBb in de *Modint* zaak alsmede de uitspraak van het CBb in de zaak LJN: BF8820, AWB 06/667 (NIP, NVVP en LVE), 6 oktober 2008.

¹⁶ Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in zaak *O2/Commissie*, zaak T328/03, van 2 mei 2006.

Een belangrijk, onderscheid dat in artikel 6, lid 1 Mw gemaakt wordt is dat tussen overeenkomsten die ertoe strekken (dat wil zeggen: die als doel hebben) de mededinging te beperken en overeenkomsten die als gevolg hebben dat de mededinging beperkt wordt. Het onderscheid tussen “strekking” en “gevolg” houdt verband met het feit dat bepaalde vormen van collusie naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de markt. Het Europese Hof van Justitie heeft aangegeven dat voor mededingingsbeperkende strekking van een oafg “het volstaat dat zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken, of vervalsen”.¹⁷ Of de negatieve gevolgen daadwerkelijk optreden hoeft hierbij niet onderzocht of bewezen te worden. Het volstaat dat de negatieve effecten, in de context van de markt, op kunnen treden, of verwacht kunnen worden. Zoals boven aangegeven moet een mededingingsautoriteit, indien zij van mening is dat een afspraak een mededingingsbeperkende strekking heeft, bij het bewijs daarvan rekening houden met het doel van de overeenkomst en de context van de markt.

In de zorgsector is het doel van een samenwerkingsovereenkomst vaak niet een beperking van de mededinging, maar het verbeteren van de kwaliteit van de zorg, of het optimaal dienen van de patiënt/cliënt. Bovendien is in de zorg sprake van diverse vormen van marktfalen,¹⁸ hetgeen impliceert dat zorgmarkten anders functioneren dan normale. Een afspraak die in “normale” markten, naar verwachting, de mededinging negatief beïnvloedt hoeft dat in de zorg bijgevolg niet te doen. Bovendien, als afspraken de patiënt/cliënt ten goede komen, kan concurrentie de aanbieders juist dwingen afspraken te maken om aldus de patiënt/cliënt centraal te kunnen stellen. Het standaardargument dat bij “doelbeperkingen” gehanteerd wordt - dat effectanalyse niet nodig is omdat we toch al weten (met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid) dat deze afspraken negatief uitwerken – is in de zorgsector niet geldig.¹⁹ Hier komt nog bij dat zorgmarkten pas recent geliberaliseerd zijn, zodat onze empirische kennis over hoe deze markten werken

¹⁷ HvJ EG, zaak C-8/08, rnr. 31.

¹⁸ Zie het eerste deelrapport voor de definitie van marktfalen en voor verdere uitwerking van dit punt.

¹⁹ Zie in deze zin ook de uitspraak van het CBB in de zaak LJN: BF8820, AWB06/667 (NIP, NVVP en LVE), 6 oktober 2008.

sowieso nog relatief beperkt is. Ook vanwege deze reden kunnen we niet weten dat de negatieve effecten op zullen treden.

De conclusie is dat, vanwege het feit dat de NMa rekening moet houden met de objectieve doelstellingen van de overeenkomst, en de economische en juridische context waarin deze gemaakt wordt, een strekkingsbetoog in de zorgsector, slechts bij uitzondering kan slagen. Bij de beoordeling van artikel 6, lid 1 Mw, zal de NMa bijgevolg vrijwel altijd moeten bewijzen dat een afspraak negatieve effecten heeft. Concreet betekent dit dat een vergelijking gemaakt moet worden tussen de marktsituatie met en de marktsituatie zonder een bepaalde afspraak/gedraging. De negatieve effecten kunnen betrekking hebben op de structuur van de markt, of kunnen zich uiten in een lagere consumentenwelvaart.

2.2 Niet alle afspraken vallen onder artikel 6, lid 1 Mw

Van belang is dat niet alle afspraken tussen ondernemingen onder het kartelverbod vallen. De volgende drie typen van afspraken vallen zeker niet onder dat verbod.²⁰

Ten eerste zijn er afspraken die de concurrentie niet beïnvloeden; zij kunnen deze concurrentie dus ook niet beperken, of vervalsen. Gedacht kan hierbij worden aan afspraken tussen ondernemingen die niet met elkaar concurreren, afspraken op domeinen waar geen concurrentie mogelijk is, of zuiver zorginhoudelijke afspraken die niet op concurrentieparameters betrekking hebben. In al deze gevallen wordt de concurrentie niet beïnvloedt en valt de afspraak niet onder de reikwijdte van artikel 6, lid 1.

Ten tweede is er in de Mededingingswet zelf een uitzondering gemaakt voor bepaalde afspraken. Artikel 7 Mw is een bagatelbepaling, die stelt dat afspraken, waarbij een

²⁰ Indien een van de ondernemingen die bij de afspraak betrokken is, belast is met het beheer van diensten van algemeen belang (DAEB), geldt het verbod uit artikel 6, lid 1 slechts in een afgezwakte vorm; zie artikel 11 Mw. Ik zal op deze mogelijkheid niet verder in gaan. In het advies “Zorgaanbieders met financiële problemen in het nieuwe zorgstelsel” van juni 2009 heeft de NZa de minister van VWS geadviseerd om “noodzakelijke functies of zorgvormen als ‘dienst van algemeen economisch belang’ aan te wijzen”, zie <http://www.minvws.nl/kamerstukken/mc/2009/ruimte-en-rekenschap-voor-zorg-en-ondersteuning.asp>.

beperkt aantal bedrijven betrokken zijn die samen een beperkte omzet hebben, of waarbij de betrokken concurrenten samen niet meer dan 5 procent marktaandeel hebben, zijn toegestaan. Het idee achter deze bagatelbepaling is dat dergelijke afspraken een dusdanig gering effect zullen hebben, dat het de moeite niet loont ze te verbieden.

Een vergelijkbare logica geldt voor het derde type afspraken die niet verboden zijn. Afspraken die de concurrentie niet merkbaar beïnvloeden vallen niet onder het kartelverbod. Van niet-merkbaarheid kan sprake zijn bij afspraken tussen ondernemingen die een zodanig zwakke positie op de markt hebben dat zij de mededinging niet in significante mate kunnen beïnvloeden. Een exacte grens wanneer van “merkbaarheid” sprake is, is niet aan te geven. Het is aan de NMa om te bewijzen dat een afspraak de mededinging “merkbaar” beïnvloedt en dus verboden is.

2.3 Afspraken die toegestaan zijn op basis van artikel 6, lid 3 Mw

Hoewel de premisse die aan de Mededingingswet ten grondslag ligt is dat afspraken tussen ondernemingen verdacht zijn, laat de Mededingingswet de mogelijkheid open dat afspraken tussen bedrijven zowel de algemene welvaart als het consumentensurplus verhogen, en dat deze voordelen dusdanig zijn dat ze zwaarder tellen dan eventuele nadelen voor de concurrentie. Omdat het uiteindelijk gaat om welvaart en welzijn van de burgers, gaat dat uiteindelijk voor, of zou dat voor moeten gaan. Concurrentie is meer een middel dan een doel op zich; als samenwerking tot betere eindresultaten leidt, is die samenwerking niet verboden. Het kartelverbod is bijgevolg niet van toepassing op mededingingsbeperkende afspraken die voldoen aan de vier voorwaarden uit artikel 6, lid 3 Mw. Wel stelt artikel 6.4 Mw dat de bewijslast dat samenwerking goed is bij de partijen ligt die een samenwerkingsverband aangaan. Een overtuigend bewijs dat aan deze criteria voldaan is kan lastig te geven zijn.

Op Europees niveau bestaat reeds meer dan 50 jaar, sinds het Verdrag van Rome, ervaring met mededingingsbeleid. Het Europese equivalent van artikel 6 Mw is artikel 101 VWEU. De ervaring met de toepassing van dit artikel heeft laten zien dat bepaalde typen van overeenkomsten altijd, of onder bepaalde condities, aan de voorwaarden uit het

derde lid voldoen. Op basis van deze ervaringen heeft de Europese Unie diverse groepsvrijstellingen uitgevaardigd van het type “als een afspraak aan deze voorwaarden voldoet, en als de ondernemingen die bij deze afspraak betrokken zijn samen niet meer dan 2 procent marktaandeel hebben, dan is de afspraak vrijgesteld van het Europese kartelverbod”. Op grond van Artikel 12 Mw zijn deze afspraken vervolgens ook automatisch vrijgesteld van het Nederlandse kartelverbod. Deze Europese groepsvrijstellingen bieden dus “veilige havens” voor bepaalde typen afspraken. Drie Europese groepsvrijstellingen zijn in het bijzonder relevant, en zij worden in randnummer 100 van de NMa Richtsnoeren voor de zorgsector expliciet genoemd: de groepsvrijstellingen voor specialisatieovereenkomsten,²¹ onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten,²² en voor verticale overeenkomsten.²³

Deze groepsvrijstellingen zijn voor de zorgsector echter minder relevant dan gedacht zou kunnen worden. De reden daarvoor is dat de groepsvrijstellingen generiek zijn. Per definitie houden ze dus geen rekening met de specifieke aspecten van de zorgmarkten. Omdat de zorgsector in de meeste lidstaten van de Europese Unie geen, of slechts zeer beperkte, marktwerking kent, heeft de Europese Commissie bovendien relatief weinig ervaring met zorgmarkten; er kan dus niet verwacht worden dat inzichten die specifiek zijn voor zorgmarkten hun weg gevonden hebben naar deze groepsvrijstellingen. Er zijn, op Europees niveau, geen groepsvrijstellingen zijn die specifiek betrekking hebben op de zorgsector. De bestaande groepsvrijstellingen zijn gemaakt om op alle sectoren toegepast te kunnen worden. De meeste sectoren zijn sectoren waarin concurrentie goed is, en samenwerking verdacht. De in de groepsvrijstellingen gespecificeerde “veilige havens” - de voorwaarden waaronder samenwerking als onproblematisch gezien wordt - zijn bijgevolg klein; ze moeten immers met de *worst case* rekening houden. In § 3

²¹ Verordening nr. 2658/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 5

²² Verordening nr. 2659/2000 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. L 304 van 29 november 2000, p. 7.

²³ Verordening nr. 2790/1999 van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 22 december 1999, p. 21.

argumenteer ik dat in de zorgsector naar verwachting grotere veilige havens geformuleerd kunnen worden. Alleen gedetailleerde, sectorspecifieke analyse kan dit echter uitwijzen. In ieder geval zijn de bestaande Europese groepsvrijstellingen voor de zorgsector slechts van gering direct belang. De daarin gespecificeerde “veilige havens” zijn, naar alle waarschijnlijkheid, te klein.

Van groot belang is wel dat overeenkomsten, die niet in een veilige haven vallen, niet automatisch verboden zijn. Preciezer geformuleerd: als een overeenkomst x wel van een type is dat in een Europese groepsvrijstelling over dat type X behandeld wordt, maar indien de partijen die bij x betrokken zijn marktaandelen hebben die de overeenkomst x buiten de veilige haven brengen, dan is x niet automatisch verboden. De overeenkomst x kan immers nog steeds voldoen aan de uitzonderingscriteria van artikel 101 VWEU. De bij x betrokken ondernemingen moeten dan, in principe, zelf beoordelen of aan die vier voorwaarden voldaan is. De Europese Commissie is zich welbewust geweest van het feit dat dit voor ondernemingen een erg lastige opgave kan zijn. Zij heeft daarom, bij diverse groepsvrijstellingen, gedetailleerde richtsnoeren gepubliceerd. Concreet zijn er voor ons thema drie relevant: de richtsnoeren betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten,²⁴ de richtsnoeren inzake verticale beperkingen,²⁵ en die betreffende de toepasselijkheid van Art 81.3 EG²⁶. Deze richtsnoeren werken niet automatisch door in het Nederlandse recht, maar de NMa past in de praktijk artikel 6 Mw toe overeenkomstig deze door de Commissie opgestelde richtsnoeren.²⁷ Het doel van deze richtsnoeren is de economische en juridische principes aan te geven die bij de toetsing van de overeenkomsten aan de mededingingswet gebruikt worden. Deze richtsnoeren geven het denkkader die de Commissie gebruikt om te bepalen of een overeenkomst die buiten de veilige haven valt toch zou kunnen voldoen aan de voorwaarden. Dit levert i.h.a. een zeer nuttig handvat voor marktspelers.

²⁴ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3 van 6 januari 2001, p. 2-30.

²⁵ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, Pb. C 291 van 13 oktober 2000, p. 1-44 (behorende bij de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten (Verordening nr. 2790/1999).

²⁶ Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag, Pb. C 101 van 27 april 2004, p. 97-118.

²⁷ Zie ook rnr. 6 van de NMa Richtsnoeren voor de zorgsector.

Richtsnoeren van de NMa voor de zorgsector zouden uitermate nuttig zijn als ze van een vergelijkbaar type waren als de door de Europese Commissie gepubliceerde richtsnoeren; preciezer: als ze uit zouden gaan van de specifieke eigenschappen van de sector, en als ze de beginselen aan zouden geven waarmee de NMa de overeenkomsten die in de zorg voorkomen aan artikel 6 van de mededingingswet toetst. De huidige richtsnoeren zijn echter van andere aard, zoals ik in de volgende subparagraaf betoog.

2.4 De huidige richtsnoeren voor de zorgsector

Hoewel de NMa in de Richtsnoeren aangeeft dat samenwerking tussen zorgaanbieders vaak niet verboden zal zijn (zie bijvoorbeeld randnummer 4), is het perspectief van de NMa toch dat de zorgmarkten (zowel die voor zorgverlening, zorginkoop als zorgverzekering) markten zijn als alle andere: het woord marktfalen komt in de Richtsnoeren niet één keer voor. Het perspectief is dat concurrentie goed is en samenwerking tussen aanbieders verdacht.

In de Richtsnoeren ligt de nadruk dan ook vooral op de mogelijk negatieve effecten van samenwerkingsafspraken. Ter illustratie van deze “eenzijdigheid” van de NMa, en het gebrek aan aandacht voor sectorspecifieke aspecten, kan bijvoorbeeld verwezen worden naar randnummer 40 van de Richtsnoeren, waar de NMa ingaat op de bevoegdheidsverdeling tussen de NMa en de NZa m.b.t. de beoordeling van samenwerkingsverbanden in de zorg. Hier stelt de NMa dat de NZa op dit gebied geen formele verantwoordelijkheid heeft, maar dat de NZa wel “informatie en signalen [kan] verstrekken aan de NMa over mogelijke kartels”. De NMa ziet klaarblijkelijk geen rol voor de NZa bij het verstrekken van informatie of het afgeven van signalen bij samenwerkingsverbanden die positief uitwerken. Inbreng van sectorspecifieke kennis is op dat punt klaarblijkelijk niet nodig. In het algemeen geldt dat, hoewel de NMa erkent dat samenwerking positief kan uitwerken, zij geen theorie daarover formuleert, of voorwaarden waaronder dat het geval kan zijn. Illustratief is dat in Hoofdstuk 4 van de Richtsnoeren, waarin de beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg aan de orde is, uitsluitend “theories of harm” uitgewerkt worden; zie ook § 4. In de onderstaande §3

betoog ik dat, op de zorgverleningsmarkt, diverse samenwerkingsvormen ook positief kunnen uitwerken.

Dat sectorspecifieke elementen niet belangrijk genoeg geacht worden om expliciet meegenomen te worden, blijkt ook uit de overige delen van de Richtsnoeren. Consistent met de focus op de negatieve effecten bij samenwerking, geeft randnummer 4 van de Richtsnoeren als primaire argument waarom afspraken niet in strijd zouden kunnen zijn met de mededingingsregels dat de afspraken de mededinging niet (merkbaar) beïnvloeden; vergelijk § 2.2 boven. Het argument is niet (als in § 2.3) dat deze afspraken voordelen kunnen opleveren voor de consumenten en dat deze voordelen zwaarder zouden kunnen wegen dan de eventuele nadelen voor de concurrentie. Dit wordt door de NMa pas later (onder “Daarnaast”) behandeld. Met andere woorden, de primaire reden die de NMa ziet om afspraken door te laten is dat deze weliswaar de concurrentie negatief beïnvloeden, maar dat het niet de moeite waard is, of te kostbaar, om ze aan te pakken. Anders geformuleerd: de NMa stelt de concurrentie centraal, en zet de patiënt/cliënt op de tweede plaats. Deze prioriteitsvolgorde is tegengesteld aan die van VWS. Voor VWS staat de patiënt/cliënt centraal en is marktwerking een middel om de belangen van de patiënt/cliënt optimaal te behartigen. Deze prioriteitsvolgorde is een door de NMa gemaakte keuze, het is niet dat de Mededingingswet dit afdwingt, zoals ook § 2.3 heeft laten zien.

Het is zeker niet zo dat de NMa in de Richtsnoeren geen oog heeft voor het feit dat afspraken tussen ondernemingen voordelen kunnen opleveren voor de consumenten, en dat deze voordelen groter kunnen zijn dan de nadelen voor de concurrentie. Zoals in § 2.3 gesteld werd, moet dit primair op basis van rechtstreekse toepassing van het derde lid van artikel 6 Mw worden vastgesteld. § 3.3.5 van de Richtsnoeren gaat in op de mogelijkheid van individuele uitzondering op het kartelverbod, op grond van dit artikel. Helaas is dit een heel erg korte paragraaf in de Richtsnoeren, die niet veel meer doet dan het opsommen van de cumulatieve criteria uit dit artikel, en het verwijzen, zij het zeer beknopt, naar diverse algemene richtsnoeren van de Europese Commissie.²⁸ Er is in deze

²⁸ Zie de randnummers 105, 108 en 111.

paragraaf geen analyse, noch een vertaling van de inzichten, theorieën en kaders uit de Europese richtsnoeren naar de specifieke context van de zorg. De NMa laat een dergelijke vertaling over aan de marktpartijen zelf. Juist op dit punt hadden de Richtsnoeren voor de zorg een belangrijke bijdrage kunnen leveren. In plaats daarvan stelt de NMa:

“Uit de criteria blijkt dat de mededingingsbeperkende overeenkomsten een duidelijk voordeel moeten bieden aan de economie en de consument. Het gaat om een objectief economisch voordeel waarbij ook kan worden gedacht aan kwaliteitsverbeteringen. Ondernemingen moeten dit voordeel ook kunnen bewijzen”.

Het is terecht dat de NMa wijst op de kwaliteitsvoordelen. Gegeven artikel 6, lid 4 Mw volgt ook dat de bewijslast bij de ondernemingen ligt. Echter, daar kwaliteitsinformatie m.b.t. zorgverleningsmarkten nog slechts beperkt voorhanden is, onder andere als gevolg van het feit dat deze markten pas sinds een aantal jaar geliberaliseerd zijn, legt dit een grote last op ondernemingen, en de vraag is of dit in dit geval proportioneel is. Als we weinig weten en weinig harde informatie hebben, kunnen we ook weinig echt bewijzen.²⁹ De hier geformuleerde horde ligt derhalve voor de zorgsector erg hoog. Ook in dit geval heeft de NMa dus weinig oog voor de bijzonderheden van de zorgsector. Gegeven deze situatie zou meer *guidance* door de NMa op zijn plaats zijn geweest.

Het enige houvast dat de NMa in de Richtsnoeren geeft is de verwijzing naar de Europese groepsvrijstellingen en, zeer beknopt, naar de algemene richtsnoeren van de Europese Commissie. Zoals ik in § 2.3 heb aangegeven zijn de groepsvrijstellingen van weinig direct nut voor de sector, omdat zij generiek zijn er geen aandacht hebben voor de sectorspecifieke eigenschappen van de zorg. Ook geen van de algemene richtsnoeren van de Europese Commissie verwijst expliciet naar de zorg. Toch zijn deze richtsnoeren veel

²⁹ In de brief van juli noemen de bewindslieden van VWS als aandachtspunten voor de toekomst onder meer: meer inzichtelijk maken van de kwaliteit van zorg, zodat cliënten echt goed kunnen kiezen; heldere definiëring van begrippen en normen voor bereikbaarheid, kwaliteit en betaalbaarheid. Zonder heldere definiëring en operationalisering van deze begrippen, zijn “harde” bewijzen lastig te leveren.

relevanter, en wel omdat zij de principes aangeven waarmee overeenkomsten beoordeeld worden. Europese richtsnoeren geven het denkkader dat de Commissie gebruikt om te bepalen of een overeenkomst zou kunnen voldoen aan de voorwaarden van artikel 101 VWEU. Ze geven dus veel meer houvast dan de wetstekst zelf. In dit opzicht is het uitermate jammer dat de Richtsnoeren van de NMa slechts verwijzen naar deze richtsnoeren, maar dat in de Richtsnoeren dit denkkader niet toegepast wordt op specifieke typen overeenkomsten die in de zorg vaak voorkomen.

In dit verband moet opgemerkt worden dat de Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa bijgevolg een heel ander karakter hebben dan richtsnoeren van de Europese Commissie, zoals een vergelijking met de richtsnoeren over verticale beperkingen³⁰ kan illustreren. In deze richtsnoeren is er niet alleen aandacht voor de bijbehorende groepsvrijstelling. Een volledig hoofdstuk is geweid aan “Handhavingsbeleid in individuele zaken”, en dit neemt zelfs meer dan de helft van de richtsnoeren in beslag. Het hoofdstuk specificeert uitgebreid het kader, en de methode, waarmee individuele overeenkomsten door de Commissie beoordeeld worden. Hierbij wordt aandacht gegeven zowel aan de positieve effecten van overeenkomsten, als aan de negatieve, waarna ook aangeduid wordt welke factoren een rol spelen bij het tegen elkaar afwegen van deze effecten. Na deze algemene “theorie” geformuleerd te hebben, wordt deze dan toegepast op een groot aantal specifieke overeenkomsten. De NMa Richtsnoeren voor de zorgsector zijn heel anders: (i) er is in feite alleen een beschrijving van wetgeving, (ii) er is geen *guidance* voor individuele zaken; waar verwezen wordt naar individuele analyse, wordt steeds gesteld dat dit de taak van marktpartijen is, (iii) er is nauwelijks aandacht voor de positieve effecten van afspraken, (iv) er is geen algemeen kader, noch wordt een methode voor analyse aangegeven, en (v) er is dus geen algemene “theorie” waaraan specifieke overeenkomsten getoetst kunnen worden. Als gevolg van deze verschillen zijn de Richtsnoeren van de NMa veel minder bruikbaar dan Europese richtsnoeren.

³⁰ Zie voetnoot 25.

2.5 Conclusie

De belangrijkste conclusie uit het bovenstaande is dat de NMa Richtsnoeren voor de zorgsector tekort schieten. De Richtsnoeren zijn eenzijdig en ze houden onvoldoende rekening met de bijzondere eigenschappen van de zorgsector. Verder doen ze weinig meer dan het beschrijven van bestaande wetgeving, die bovendien (voor wat betreft de Europese groepsvrijstellingen) niet altijd even relevant is. De Nederlandse Richtsnoeren voor de zorg kunnen geen derivaat zijn van Europese groepsvrijstellingen, want deze zijn generiek, en voor een sector als de zorg, in ieder geval voor wat betreft de markten voor zorgverlening, te strikt. Om de onzekerheid voor aanbieders te reduceren, is het gewenst dat die ruimere grenzen afgebakend worden, anders lopen we immers het risico dat de aanbieders ver van de grens wegblijven en de noodzakelijke en gewenste welvaartswinst niet gerealiseerd wordt. Alleen sectorspecifieke (economische, feitelijke en juridische) analyse, op basis van *first principles*, kan duidelijk maken waar de grens ligt tussen wat wel en wat niet toegestaan is. De huidige Richtsnoeren bevatten dergelijke analyse niet, daarmee bieden ze onvoldoende houvast aan zorgaanbieders. Wat vooral ontbreekt in de huidige Richtsnoeren is een specificatie van het kader, en de methode, waarmee de NMa individuele overeenkomsten zal beoordelen. De NMa kan zich spiegelen aan de Europese Commissie, die, in haar richtsnoeren dergelijke kaders en methodes wel specificeert. Gegeven dat richtsnoeren voor de zorgsector op Europees niveau ontbreken, zou de NMa op dit terrein een voortrekkersrol moeten vervullen; zij is daartoe uniek gepositioneerd.

3. Samenwerking op de markten voor zorgverlening

In het bovenstaande heb ik aangegeven dat de herziene richtsnoeren voor de zorgsector een beoordelingskader zouden moeten bevatten, waarmee gecheckt kan worden of individuele overeenkomsten voldoen aan de uitzonderingsvoorwaarden van het derde lid van artikel 6 Mw. Onderdeel van een dergelijk kader vormt een “theorie” die aangeeft dat afspraken positieve effecten kunnen hebben, en in welke omstandigheden. Als bijdrage aan dat kader schets ik in § 3.2 de relevante economische theorie over samenwerking tussen complementaire aanbieders. We beginnen dit hoofdstuk met een aantal algemene opmerkingen over het belang van samenwerking op zorgverleningsmarkten.

3.1 Het belang van samenwerking

Het belang van goede samenwerking in de zorg wordt in veel publicaties van VWS benadrukt. Ook de NMa wijst er in de Richtsnoeren (in randnummer 174) op dat samenwerking in het belang van de patiënt kan zijn:

“Multidisciplinaire samenwerkingsbanden zijn veelal gericht op het soepeler laten verlopen van de doorstroom van patiënten van de ene zorgverlener naar de andere of op het verbeteren van de kwaliteit van de zorg. Dit wordt bijvoorbeeld bereikt door het maken van afspraken over het behandeltraject van een patiënt. Als gevolg hiervan komt samenwerking in een zorgketen de patiënt ten goede.”³¹

De noodzaak van samenwerking volgt uit het feit dat het zorgaanbod op dit moment gefragmenteerd is. Er zijn vele specialismen (multidisciplinariteit), maar de cliënt heeft behoefte aan geïntegreerde behandeling.^{32 33} Deze fragmentatie van het aanbod heeft met

³¹ Dit is alleen het eerste deel van randnummer 174; voor het tweede deel, zie § 5.2.3

³² De noodzaak van betere afstemming wordt in vele publicaties van VWS benadrukt; in de kamerbrief van juli stellen de bewindslieden van VWS in dit kader bijvoorbeeld dat het noodzakelijk is te komen tot betere integratie van eerste en tweede lijnszorg.

³³ Op dit punt is er een belangrijk verschil met de zorgverkeringsmarkten; hierop kan de consument wel een geïntegreerd product kopen.

velerlei aspecten te maken, zowel aan de vraag als aan de aanbodzijde. Een belangrijk aspect hierbij is het huidige bekostigingsmechanisme in de zorg: *fee for service*.³⁴ Een aanbieder wordt betaald per behandeling, niet op basis van welke bijdrage deze behandeling levert aan het welzijn van de cliënt. Er is geen sprake van functionele, geïntegreerde prestatiebekostiging, en dit belemmert afstemming ten gunste van de cliënt.³⁵ Deze afstemming kan ook niet via de markt plaats vinden omdat de desbetreffende markten niet bestaan. Het marktstelsel is onvolledig; de markten zijn ook nog in ontwikkeling, de zorg is een markt in transitie. In deze situatie is samenwerking in eerste instantie niet een middel om concurrentie op de markt omzeilen, maar een mogelijkheid om de marktonvolkomenheid te compenseren. Zonder samenwerking resteert fragmentatie, met als gevolg dat de kosten te hoog zijn, terwijl tegelijkertijd de toegevoegde waarde te gering is.³⁶

Indien zorgaanbieders samenwerken, kan een beter, geïntegreerd aanbod gerealiseerd worden. De samenwerking kan echter veelal niet geheel vrijblijvend zijn. Afspraken moeten geformaliseerd worden, omdat anders individueel optimaal (opportunistisch) gedrag ertoe leidt dat individuele aanbieders van de afspraak zullen afwijken. Er is sprake van een *prisoners' dilemma*; zonder formele afspraken resulteert, als iedere aanbieder het eigen belang nastreeft, een collectief onwenselijke (niet Pareto-optimale) uitkomst. We werken dit in de volgende paragraaf verder uit aan de hand van theoretische modellen. De nadruk ligt daarbij op positieve externe effecten aan de aanbodzijde van de markt. Als dergelijke externaliteiten belangrijk zijn, kan verticale integratie of samenwerking tussen aanbieders het geprefereerde alternatief worden. De NMa lijkt voor dit aspect nog onvoldoende oog gehad te hebben. Het verschil in perspectief tussen VWS en de NMa

³⁴ In de kamerbrief van juli merken de bewindslieden van VWS op dat het wenselijk is te komen tot adequate bekostiging van aanbieders, bijvoorbeeld door prestatiebekostiging en functionele (geïntegreerde) bekostiging die aansluit bij de wensen van de cliënt, zodat aanbieders daadwerkelijk gestimuleerd worden om te investeren in het bevredigen van de behoeften van de cliënten. Zie ook NZa: "Visiedocument Functionele bekostiging vier niet-complexe chronische zorgvormen", april 2009.

³⁵ Onderzoekers van het NIVEL hebben, in een artikel in *Medisch Contact*, kanttekeningen geplaatst bij de bekostiging van ketenzorg voor afzonderlijke ziekten, en wel omdat dit het integrale en persoonsgerichte karakter van de eerstelijnszorg onder druk kan zetten; <http://www.nivel.nl/oc2/Page.asp?PageID=12810>.

³⁶ Dit geldt ook in de VS; zie bijvoorbeeld ook Randall D. Cebul, James B. Rebitzer, Lowell J. Taylor, en Mark E. Votruba: "Organizational Fragmentation and Care Quality in the U.S. Healthcare System", *Journal of Economic Perspectives* 22(4), 2008, 93–113

over de noodzaak en het belang van samenwerking zou voort kunnen komen aan het belang dat aan externe effecten op zorgverleningsmarkten wordt toegekend.

Zoals ook de NMa stelt (zie het boven weergegeven randnummer 174 uit de Richtsnoeren) zijn multidisciplinaire samenwerkingsbanden, ketens zowel als netwerken, zijn veelal gericht op het soepeler laten verlopen van de doorstroom van patiënten van de ene zorgverlener naar de andere, of op het verbeteren van de kwaliteit van de zorg. Zorginhoudelijke afspraken betreffen bijvoorbeeld het behandeltraject van een patiënt. De betrokken aanbieders werken via een gezamenlijk behandelplan. Het handelen van alle betrokken zorgverleners moet dus gebaseerd zijn op dit plan en is automatisch via dit plan gecoördineerd. Dit vereist het delen van informatie, en kan overleg met betrekking tot het afstemmen van de behandeling noodzakelijk maken. Dit geldt zeker als het behandelplan in de loop van de tijd bijgesteld moet worden. Verder is belangrijk dat de belangen van de patiënt en de belangen van de zorgverleners niet altijd parallel lopen. Ook de belangen van de zorgverleners onderling liggen niet altijd in elkaars verlengde. Om coördinatieproblemen te voorkomen, kan het daarom noodzakelijk zijn formele afspraken te maken.

We zien dat afspraken (zoals delen van informatie, overleg en maken van formele afspraken) die “normaal gesproken” door mededingingsautoriteiten als verdacht worden beschouwd, in de zorg op natuurlijke wijze ontstaan: afstemming op de behoeften van de patiënt vereist onderlinge afstemming. Zonder deze afstemming is het niet mogelijk goede zorg te leveren. In de volgende paragraaf werken we dit uit op basis van theoretische economische argumenten. In het complementaire, door Kuipers en De Haan en Kuipers geschreven rapport, wordt dit gedaan vanuit het perspectief van logistieke netwerken.³⁷ Hoewel de methodologie en terminologie verschilt, zijn de conclusies in hoofdlijnen dezelfde.

³⁷ Cindy Kuijpers en Job de Haan: “Samenwerkingsverbanden in de zorg: Wat zijn de voordelen voor de cliënt en wanneer wegen deze op tegen het risico op negatieve gevolgen?”, Universiteit van Tilburg, november 2009.

Als toepassingsgebied voor het onderstaande (alsmede van de argumenten in § 4) hebben we in eerste instantie dementieketens in gedachten; zie daarvoor ook de leidraad Ketenzorg Dementie.³⁸ Ook in dat document wordt een dringend pleidooi gedaan om te komen tot een integraal aanbod van zorg en ondersteuning, dat afgestemd is op de problemen van de cliënt en diens naasten. Voor een concreet voorbeeld van hoe betere afstemming kan leiden tot kostenbesparing en gelijktijdige kwaliteitsverbetering verwijs ik naar de door Care/GGZ, Univé-VGZ-IZA-Trias gepresenteerde “Master Class Financiering van Ketenzorg Dementie” tijdens de koploperbijeenkomst van het Programma Ketenzorg Dementie op 12 februari 2009³⁹. Dat voorbeeld is gerelateerd aan het model uit § 3.2.3. Voor meer details over de mededingingsrechtelijke beoordeling van dementieketens verwijs ik naar de scriptie van Kim Weistra.⁴⁰ Een van de resultaten uit die Master Thesis is dat, onder bepaalde omstandigheden, een dementienetwerk, waarin alle aanbieders samenwerken het meest wenselijk kan zijn.

3.2. Zorgketens: economische theorie

3.2.1. Cournot: bij complementariteit is coördinatie beter dan competitie

In een zorgketen⁴¹ werken meerdere zorgaanbieders samen die complementaire diensten leveren. Laten we eerst het geval bekijken van de meest eenvoudige keten met slechts twee aanbieders, X en Y . Om waarde voor de cliënt te realiseren moet zowel dienst x als dienst y geleverd worden, door respectievelijk X en Y . Dit kan dit volgtijdelijk gebeuren, dan wel (ongeveer) tegelijkertijd; economisch is dit niet relevant. Van belang is wel dat de economische analyse bij complementaire producten heel anders verloopt dan bij substituten, zoals overigens reeds door Augustin Cournot in 1838 werd aangegeven. Bij substituten leidt concurrentie tot een druk op de prijs, dit ten voordele van de consument. Bij complementaire producten is het daarentegen juist omgekeerd: concurrentie leidt tot

³⁸ “Leidraad Ketenzorg Dementie: een hulpmiddel voor de ontwikkeling van ketenzorg dementia”, versie mei 2009 (uitgebracht door VWS, Zorgverzekeraars Nederland, Alzheimer Nederland, en Actiz.)

³⁹ Presentatie beschikbaar via:

http://www.vilans.nl/Site_ketenzorgdementie/docs/pdf/feb09MasterclassFinanciering.pdf

⁴⁰ Kim Weistra: ““Integrated Care for Dementia Patients: A Consumer Welfare Analysis”, MSc Thesis, Universiteit van Tilburg, oktober 2009.

⁴¹ Zie § 4.1 voor definities.

een hogere prijs, en een slechtere uitkomst voor de consument, dan bij afstemming het geval is. Een monopolie is in dit geval beter voor de consument/cliënt dan een duopolie.

De intuïtie voor dit resultaat is eenvoudig te zien. Veronderstel eerst dat de twee complementaire producten geleverd worden door twee onafhankelijke producenten X en Y . Omdat een consument alleen waarde toekent aan de bundel (x,y) zal de vraag afhangen van de totale prijs $p_x + p_y$ die de consument voor de bundel moet betalen. Indien X een hoge prijs p_x vraagt, maakt dit – gegeven de prijs p_y – het totale product voor de cliënt minder aantrekkelijk: de vraag (zowel die naar x als die naar y) daalt. Een hoge prijs van X is dus onaantrekkelijk voor Y . (Dit is geheel anders dan bij concurrentie: daar profiteert Y immers van een hoge prijs van X omdat dat hem in staat stelt ook een hogere prijs te vragen.) Bij onafhankelijk gedrag houdt X geen rekening met dit negatieve effect op Y , en omgekeerd houdt Y geen rekening met X . Het gevolg is hoge prijzen voor beide producten, lage consumentenwelvaart, en lage winsten voor zowel X als Y . Indien X en Y zouden fuseren, of hun gedrag afstemmen, houden ze wel rekening met elkaars belangen: een monopolie, een afspraak, of afgestemd gedrag, leidt tot lagere prijzen voor de producten x en y , hogere winsten voor de producenten X en Y , en, uiteindelijk het meest belangrijk, een hoger consumentensurplus.

De conclusie: in geval van complementaire producten is afstemming tussen aanbieders beter dan concurrentie tussen hen. Dit geldt zowel voor wat betreft de winst, het consumentensurplus, als de totale welvaart. Deze conclusie impliceert, voor wat betreft ketenzorg, dat het uitgangspunt van VWS dat samenwerking gewenst is prima aansluit bij de economische theorie: bij (zuivere ketens) kan het uitgangspunt zijn dat afstemming goed is, niet dat afstemming verdacht is en een halt toegeroepen moet worden.

Hierbij moet echter wel opgemerkt worden dat het model van Cournot natuurlijk niet specifiek op de zorgmarkt is toegesneden. Het is een model met complementaire producten en op winstgerichte aanbieders. In de zorgketen speelt complementariteit een zeer belangrijke rol, zoals de definities van ketenzorg uit § 4.1 laten zien, maar zijn de

aanbieders veelal not-for-profits.⁴² Toch blijft het inzicht relevant. Het uitgangspunt voor een ingrijpen door een mededingingsautoriteit (voor het verbieden van afspraken) moet een “theory of harm” zijn. Het bovenstaande laat zien dat bij een keten bestaande uit zuiver complementaire aanbieders die “theory of harm” niet kan zijn dat binnen de keten afspraken gemaakt worden. Afspraken tussen complementaire aanbieders binnen een zorgketen zijn niet *a priori* verdacht: het is het meest waarschijnlijk dat ze in het belang van de consument/cliënt zijn. (Zie verder § 4.3)

3.2.2. Belangenconflicten en coördinatieproblemen: het free rider probleem

De belangen van de patiënt en de belangen van de zorgverleners lopen niet altijd parallel. Ook de belangen van de zorgverleners onderling liggen niet altijd in elkaars verlengde. Om coördinatieproblemen te voorkomen, kan het noodzakelijk zijn formele afspraken te maken. Een eerste reden daarvoor is het *free rider* probleem.

Veronderstel dat een multidisciplinair team *T* bij de behandeling van een patiënt *P* betrokken is. Een investering van een van de teamleden in de patiënt (bijvoorbeeld een extra uitgebreid onderzoek) levert voor dit teamlid extra kosten op, maar dit zal normaal gesproken, mits adequaat gedocumenteerd en in het dossier aan het zorgplan gekoppeld, zowel de patiënt als de overige leden van het team ten goede komen. Omdat ieder teamlid van de investering van de ander profiteert, kan elk lid de neiging hebben om te wachten tot een ander teamlid deze investering gedaan heeft; dan heeft men wel de baten, maar niet de kosten. Een dergelijke afwenteling zou ertoe kunnen leiden dat geen enkel teamlid de investering doet, en de baten (in termen van verhoogde patiëntenwelvaart) helemaal niet gerealiseerd worden. Om dat *free rider* probleem te voorkomen, zijn geformaliseerde afspraken nodig: het teamlid dat de investering doet, moet door de overige teamleden

⁴² Deze specifieke eigenschap van de zorgsector moet ook in de mededingingsanalyse worden meegenomen: markten met not-for-profit aanbieders functioneren anders dan “normale” markten, waarin hoofdzakelijk for-profits actief zijn; zie Ingrid Liedorp, Saskia Lavrijssen and Eric van Damme “Fusiecontrole in de gehandicaptenzorg”, Rapport in opdracht van VGN, beschikbaar op <http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/reports/2007.html>

gecompenseerd worden. Anderzijds kunnen geformaliseerde afspraken nodig zijn om te voorkomen dat er overgeïnvesteed wordt, zeker in een *fee for service* systeem.

3.2.3. Belangenconflicten en coördinatieproblemen: wie doet wat?

Ten tweede is afstemming nodig voor wat betreft de vraag wie welk deel van de behandeling voor zijn rekening neemt. Veronderstel, voor de eenvoud, dat het behandelteam T uit twee behandelaars bestaat, H en S , en dat de patiënt P eerst met H in aanraking komt. Stel dat het noodzakelijk is dat één van de behandelaars een bepaalde actie A onderneemt, en stel dat deze acties voor elke zorgaanbieder met bepaalde kosten en opbrengsten verbonden is, terwijl voor de patiënt deze acties met een welvaartswinst verbonden zijn. De situatie kan dan weergegeven worden als in de volgende tabel.

H/S	A	N
A	$B_h - C_h, B_s - C_s, V$	$B_h - C_h, 0, v$
N	$0, B_s - C_s, V$	$0, 0, 0$

In deze tabel corresponderen de rijen met de acties van H en de kolommen met de actie van S ; in iedere cel is het eerste getal de winst voor H , het tweede de winst voor S , en het derde de welvaartswinst voor de patiënt als gevolg van de genomen acties. We veronderstellen dat het voor P het beste is als S de actie onderneemt: $V > v > 0$. Stel $B_h > C_h$ en $B_s > C_s$, zodat elke behandelaar een *incentive* heeft om de actie uit te voeren. Omdat H eerst aan zet is, zal H kiezen voor de actie A : S kiest daar vervolgens ook voor. De patiënt is ten dele tevreden, maar hij ondergaat nodeloze onderzoeken. Ten tweede zijn de kosten voor de samenleving nodeloos hoog: de gerealiseerde waarde is V , maar die had ook gerealiseerd kunnen worden als alleen S in de actie geïnvesteed had.

Stel dat de overheid reguleert en de actie A slechts één keer vergoedt. H heeft nu een ‘first mover advantage’. De uitkomst zal zijn dat H de actie A onderneemt, en S niet. Dit leidt tot lagere kosten, maar produceert minder surplus voor de patiënt.

Het is denkbaar dat de sociale welvaart gemaximaliseerd wordt als alleen S de actie A uitvoert. Dit is het geval als

$$B_s - C_s + V > B_h - C_h + v$$

In dit geval is een afspraak tussen H en S , met financiële transfers nodig om de sociaal gewenste uitkomst te bereiken: S geeft een financiële vergoeding aan H in ruil voor het niet door H verrichten van de behandeling. Een equivalente uitkomst wordt bereikt door functionele bekostiging, onder voorwaarde dat onderhandelingen tussen H en S niet belemmerd worden (Coase Theorema).

3.2.4. Conclusie

De conclusie is duidelijk: in geval van externaliteiten leidt onafhankelijk handelen en marktuitskomsten niet tot een sociaal wenselijke uitkomst: de kosten kunnen te hoog zijn, en de geleverde kwaliteit te laag. Om betere uitkomsten te realiseren, zijn (bindende) afspraken tussen de aanbieders onontbeerlijk.

4. Ketenzorg, zorgnetwerken en de richtsnoeren voor de zorgsector

In de Richtsnoeren wordt ketenzorg behandeld in § 4.3, onder het kopje “Afspraken tussen niet-concurrenten”. Het gaat dan strikt genomen om “zuiver verticale” ketens, waarin afspraken gemaakt worden tussen aanbieders van volledig complementaire producten, zoals ook bekeken in de voorgaande § 3.2. De in § 4.3 van de Richtsnoeren besproken argumenten zijn echter ook van toepassing op “dikkeren” ketens of netwerken, waarin ook partijen participeren die elkaars concurrenten zijn, of die potentiële concurrenten zijn. In dit hoofdstuk behandelen de vraag hoe ketens en netwerken in de Richtsnoeren behandeld worden, en hoe ze beoordeeld zouden moeten worden.

Alvorens onze analyse te starten, bespreken we in § 4.1 kort een aantal definities van ketenzorg. In de voorgaande paragraaf (§ 3.2) hebben we laten zien dat ketens met efficiëntiewinst verbonden kunnen zijn. Ook de Richtsnoeren besteden hier aandacht aan. In die Richtsnoeren ligt echter de nadruk op de potentieel negatieve aspecten. De NMa onderscheidt in § 4.3 van de Richtsnoeren een viertal “theories of harm”, d.w.z. mogelijkheden waarom een netwerk anticompetitief zou kunnen zijn:

- (i) horizontale afstemming binnen een zorgnetwerk,
- (ii) uitsluitingseffecten van een netwerk,
- (iii) horizontale afstemming tussen netwerken,
- (iv) uitsluitingseffecten als gevolg van cumulatie van meerdere parallelle netwerken.

In § 4.2 beschrijven we deze “theories of harm” aan de hand van citaten uit de Richtsnoeren. De nadruk zal daarbij liggen op de eerste twee effecten, en wel omdat, in de toepassing die wij op het oog hebben (dementienetwerken), het onwaarschijnlijk is dat meerdere netwerken naast elkaar zullen bestaan. Vervolgens bekijken we in § 4.3 eerst zuiver verticale ketens, waarna we in § 4.4 ingaan op netwerken waarin ook horizontale verbanden optreden. Onze opmerkingen met betrekking tot de eerste theorie (horizontale afstemming) zijn vooral relevant voor netwerken, en deze formuleren we dus in § 4.4. Kanttekeningen bij de tweede theorie (uitsluiting) worden gemaakt in § 4.3.

4.1. Ketenzorg: de definitie

Ketenzorg wordt door VWS als volgt gedefinieerd:

“Ketenzorg is het samenhangend geheel van zorginspanningen dat door verschillende zorgaanbieders onder een herkenbare regiefunctie wordt geleverd, waarbij het cliëntproces centraal staat (wat blijkt uit geformaliseerde afspraken tussen betrokken zorgaanbieders over samenhang en continuïteit van de patiëntenzorg). In de zorgketen bestaan gradaties van eenvoudig en strikt volgtijdelijk tot complexe zorg.”⁴³

Dit is overigens slechts een van de mogelijke definities. Reuder et al (2009)⁴⁴ geven een brede definitie die meer uitgaat van het zorgaanbod en die, naar zij stellen, aangewezen is voor toepassing van het mededingingsrecht:

“Ketenzorg is een geheel van zorg waarbij onderscheiden zorgondernemingen complementaire diensten individueel, doch in gecoördineerd verband aan (specifieke) patiënten of patiëntgroepen verlenen ten behoeve van de onderlinge samenhang en (logistieke of inhoudelijke) continuïteit van die zorg.”

In vergelijking met de tweede definitie, gaat de eerste direct uit van de cliënt, eist deze geformaliseerde afspraken, benadrukt ze de regiefunctie en maakt ze geen inperking met betrekking tot de aard van de diensten die de verschillende zorgaanbieders leveren. De tweede definitie spreekt van een “gecoördineerd verband, waar de definitie van VWS “geformaliseerde afspraken” noemt. In de praktijk komen diverse vormen voor. De tweede definitie benadrukt terecht het complementaire karakter van de diensten. Dit is

⁴³ Ministerie van VWS, Zorgverzekeraars Nederland, Alzheimer Nederland (2008) “Leidraad Ketenzorg Dementie”. Beschikbaar via: <http://www.minvws.nl/dossiers/awbz/voor-medewerkers-in-de-zorg/ketenzorg/default.asp>

⁴⁴ Reuder, B., G. Tezel en I. Verloren van Themaat: “De Beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg onder artikel 6 Mw; ketenzorg is geen kartel”, *Markt & Mededinging*, 2009/2, 90-97

impliciet in het woord keten; als alle diensten substituten zouden zijn, zou de keten niet nodig zijn, en zou voor de patiënt contact met één aanbieder volstaan.

Ook de NMa geeft, in de Richtsnoeren, een definitie van ketenzorg, waarbij zij ook aangeeft dat ketenzorg in beginsel de patiënt ten goede komt.

“Een zorgketen is een geïnstitutionaliseerd, regionaal of lokaal samenwerkingsverband van instellingen en beroepsbeoefenaren in de zorg, gericht op het faciliteren van samenwerking op uitvoerend niveau. Het doel van de samenwerking is om te komen tot een samenhangend, integraal aanbod voor specifieke patiëntencategorieën. Doordat de verschillende behandelaars van een specifieke patiëntencategorie de zorg die zij leveren inhoudelijk op elkaar afstemmen, kan de kwaliteit van de zorg worden verbeterd. Ketenzorg komt daardoor in beginsel de patiënt ten goede.”⁴⁵

De exacte definitie is voor ons doel overigens niet van groot belang. Wel van belang is het door VWS genoemde onderscheid tussen eenvoudige, strikt volgtijdelijke zorg en meer complexe zorgnetwerken. In het eerste geval (van een echte keten) is sprake van zorgaanbieders die volgtijdelijk complementaire diensten aanbieden. In het tweede geval is meer sprake van een netwerk, en is meer coördinatie nodig.⁴⁶ In dergelijke netwerken kunnen ook aanbieders voorkomen die potentiële concurrenten van elkaar zijn. In dit geval spreekt men ook wel van “dikke” ketens. In het onderstaande zullen we de term keten reserveren voor samenwerkingsverbanden tussen zuiver verticaal gerelateerde aanbieders, en zullen we de term netwerk hanteren wanneer ook horizontaal gerelateerde aanbieders in het samenwerkingsverband participeren.

⁴⁵ Richtsnoeren voor de zorgsector, randnummer 25.

⁴⁶ Zie daarvoor ook E. Donkers, A. Bras en E. van Dingelen “Ketens met karakter”, Medisch Contact, 63, nr. 19, 9 mei 2008, 822-824.

4.2. Theories of harm

4.2.1 *Afspraken binnen het netwerk*

De eerste mogelijkheid waarom netwerksamenwerking niet toegestaan zou kunnen worden is dat binnen het netwerk afspraken gemaakt worden die mededingingsrechtelijk niet in de haak zijn. In randnummer 172 van de richtsnoeren merkt de NMa op:

“Zoals reeds eerder is aangegeven (nr. 123) is het in het geval van verticale samenwerking van belang om bij de beoordeling alert te zijn op eventuele horizontale aspecten van de samenwerking. Indien de samenwerking ook horizontale elementen bevat, dient dit deel van de samenwerking eerst beoordeeld te worden. Voorts kan ook bij verticale samenwerkingsvormen sprake zijn van beperkingen die tot doel hebben om de mededinging te beperken en die niet zijn toegestaan. Voor zover dit niet het geval is, zal per concreet geval doorgaans meer uitgebreid worden getoetst, waarbij alle feiten en omstandigheden van de samenwerking in aanmerking worden genomen (zie tabel 1).”

Naar onze mening is het niet strikt noodzakelijk is, en ook niet wenselijk, dat de horizontale elementen eerst behandeld worden. Uitgaande van het belang van de patiënt, ligt een integrale toetsing van het netwerk voor de hand. We werken dit verder uit in § 4.4. In het voorgaande hebben we ook betoogd dat in de zorgsector zeer terughoudend zou moeten worden omgesprongen met het argument dat een afspraak als doel heeft de mededinging te beperken. Afspraken kunnen (en zullen veelal) ook als doel hebben betere zorg te verlenen. Afspraken worden ook gemaakt in situaties waarin er geen concurrentie is, en dan kunnen ze ook de concurrentie niet beperken, laat staan dat ze als doel zouden hebben de concurrentie te beperken.

4.2.2 Uitsluiting door de keten

Een tweede mogelijkheid is dat een netwerk tot uitsluiting van concurrenten kan leiden. Spelers die niet in de keten participeren, kunnen buitengesloten worden, en als gevolg daarvan niet overleven (*foreclosure*). Dit is ook bij een zuiver verticale keten mogelijk. Deze “theory of harm” wordt in de Richtsnoeren (in de randnummers 179 en 180) behandeld. De NMa stelt daar:

“179. Indien het marktaandeel van bij de samenwerking betrokken partijen relatief groot is, dan kan de overeenkomst mogelijk een uitsluitingseffect hebben. In de in rnr. 176 genoemde samenwerking tussen het ziekenhuis en de thuiszorginstelling kan de exclusiviteitsovereenkomst er toe leiden dat andere thuiszorginstellingen niet meer kunnen concurreren om de gunst van de ziekenhuispatiënten. Indien deze groep een relatief groot deel van het totaal aantal patiënten van thuiszorginstellingen uitmaakt, kan dit ertoe leiden dat andere thuiszorginstellingen onvoldoende patiënten hebben om nog rendabel te opereren en de markt moeten verlaten. Om te kunnen vaststellen of er daadwerkelijk sprake is van een mededingingsrechtelijk relevant uitsluitingseffect, is inzicht nodig in de herkomst en de beïnvloeding van de totale stroom van patiënten. In deze analyse is het ook van belang te kijken naar de duur van de overeenkomst. Indien de contracten slechts van relatief korte duur zijn dan kunnen thuiszorginstellingen periodiek met elkaar concurreren om het verkrijgen van deze contracten. Er is dan sprake van concurrentie “om de markt”. In dit verband kan de opzegtermijn ook relevant zijn. Hoe korter de opzegtermijn hoe minder belemmerend deze afspraak waarschijnlijk zal zijn.”

“180. De samenwerking tussen niet-concurrenten in een keten dan wel strategische alliantie zal naar verwachting niet mededingingsbeperkend zijn indien het marktaandeel van de betrokken ondernemingen relatief klein is. Zie in dit verband de in hoofdstuk 3 van deze Richtsnoeren beschreven

Europese groepsvrijstellingen voor verticale overeenkomsten. Er kan van worden uitgegaan dat, wanneer de zorgaanbieders een marktaandeel van niet meer dan 30% op de relevante markt hebben, en zij voor het overige voldoen aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling, de samenwerking niet onder het kartelverbod valt. Wanneer de groepsvrijstelling niet van toepassing is, kan een eigen beoordeling nog uitwijzen of de vrijstelling van artikel 6, derde lid, Mw van toepassing is (zie voor de voorwaarden rnr. 113).”

We zullen deze argumenten verder bespreken in § 4.3. We zijn het eens met wat in rnr. 179 gesteld wordt – uitsluiting is mogelijk, maar aansluitend bij Reuder et al (2009) zullen we betogen dat het door de NMa genoemde percentage van 30% arbitrair is, en vermoedelijk te laag.

4.2.3 Het cumulatieve effect van parallelle ketens

Een derde “theory of harm” die in de Richtsnoeren behandeld wordt (in de randnummers 181-183), betreft het cumulatieve effect van parallelle netwerken. Het gaat dan om netwerken die ieder op zich geen uitsluitingseffect hebben, maar wel in combinatie.

De situatie waarin meerdere netwerken naast elkaar bestaan is voor langdurige zorg niet altijd waarschijnlijk. De transactiekosten voor het opzetten van een netwerk lijken hoog te zijn. In ons onderzoek hebben wij ons met name gericht op dementieketens. We zijn daarbij geen situaties tegengekomen waarbij in een regio meerdere ketens naast elkaar bestaan. Het cumulatieve effect kan dan verder buiten beschouwing blijven. Dat geldt ook omdat de situatie waar randnummer 182 op ziet (meerdere samenwerkingsverbanden met een klein marktaandeel) onwaarschijnlijk is; veelal is een grote aanbieder in een van de samenwerkingsverbanden opgenomen, zodat het unilaterale effect, zoals beschreven in de randnummers 179 en 180 relevanter is dan het cumulatieve effect.

De conclusie is dat het onwaarschijnlijk is dat in AWBZ-markten het cumulatieve effect een rol speelt. We zullen er daarom verder geen aandacht aan besteden.

4.2.4 Horizontale afstemming tussen ketens

De vierde “theory of harm” betreft de samenspanning tussen ketens. Deze wordt in randnummer 184 van de Richtsnoeren uiteen gezet.

“184. Indien meerdere ketens van multidisciplinaire zorgaanbieders nauw met elkaar gaan samenwerken, kunnen horizontale mededingingsbeperkingen optreden. Indien meerdere ketens bijvoorbeeld gezamenlijk onderhandelen, kan dat in strijd zijn met het kartelverbod. Gedacht kan worden aan de situatie waarin meerdere ketens in een regio gezamenlijk met een zorgverzekeraar gaan onderhandelen over de prijs voor de te leveren zorgproducten. De ketens zijn in dit voorbeeld concurrenten van elkaar. De gezamenlijke onderhandelingen moeten dan als afspraken tussen concurrenten worden beoordeeld. In paragraaf 4.2 is reeds ingegaan op de grenzen die de Mededingingswet stelt aan de samenwerking tussen concurrenten, onder andere wat betreft collectieve onderhandelingen tussen concurrenten.”

Net als bij het cumulatieve effect, lijkt ook dit randnummer voor de praktijk niet zo relevant, in ieder geval niet voor dementieketens. We zullen er daarom verder geen aandacht aan besteden.

4.3. (Zuivere) ketens van niet-concurrenten

In deze paragraaf bespreken we zorgketens en zorgnetwerken in meer detail.

4.3.1 Geen problemen met afstemming binnen de keten

Van groot belang is Randnummer 178 van de Richtsnoeren, waarin de NMa stelt dat er *binnen* zuiver verticale ketens geen mededingingsproblemen optreden:

“Indien binnen een keten gezamenlijk wordt onderhandeld met zorgverzekeraars door zorgaanbieders die geen potentiële of daadwerkelijke concurrent van elkaar zijn, bestaan er in beginsel geen mededingingsrechtelijke bezwaren. Dit geldt ook als de zorgaanbieders binnen de keten onderling onderhandelen over relevante concurrentieparameters (zoals prijs, omvang en de patiënten) van de ketenzorg.”

Het eerste deel (over gezamenlijke onderhandelingen op de zorginkoopmarkt) is, gegeven onze focus op zorgverleningsmarkten, niet zo relevant. De tweede zin is uiterst relevant: er zijn in principe geen bezwaren tegen onderhandelingen over concurrentieparameters *binnen* een (zuivere) keten. Zolang een keten uitsluitend aanbieders van complementaire diensten bevat, zijn de aanbieders in de keten onderling volkomen vrij om te onderhandelen over prijzen e.d. Deze stellingname van de NMa is consistent met de boven in § 3.2 gegeven analyse. De implicatie is dat aanbieders van zuiver complementaire diensten samen een gebundeld aanbod in de markt mogen zetten, en mogen afspreken hoe ze de opbrengsten van dit geïntegreerde product zullen verdelen.

We zijn het (uiteraard) eens met deze stellingname. In § 4.4 betogen we dat een vergelijkbaar standpunt ook ingenomen zou moeten worden bij meer algemene zorgnetwerken.

4.3.2 Het marktaandeelcriterium voor “marktuitsluiting”

In randnummer 179 van de Richtsnoeren stelt de NMa dat indien het marktaandeel van bij de samenwerking betrokken partijen relatief groot is, een overeenkomst mogelijk een uitsluitingseffect kan hebben. In het daarop volgende randnummer wordt gesteld dat het mededingingsbeperkend effect naar verwachting niet aanwezig zal zijn als het marktaandeel van de betrokken ondernemingen relatief klein is. In dat kader noemt de NMa een percentage van 30%, dat afkomstig is uit de Europese groepsvrijstellingen voor verticale overeenkomsten. Deze Europese groepsvrijstelling is generiek: zij is geschreven

om op alle, willekeurige, sectoren toegepast te kunnen worden. Per definitie houdt deze dus geen rekening met de specifieke aspecten van de zorgmarkten. Deze groepsvrijstelling verwijst ook niet naar specifieke aspecten van zorgmarkten.

Uit het feit dat de Europese groepsvrijstelling beoogt relevant te zijn voor alle sectoren, volgt dat de daarin afgeleide “veilige haven” van 30% (algemener: de voorwaarden waaronder samenwerking als onproblematisch gezien wordt), te klein kan zijn. Generieke beleidsregels moeten immers rekening houden met de *worst case*; ze moeten ook van toepassing zijn op die sectoren en situaties waarin samenwerking tussen aanbieders meestal slecht uitpakt voor de welvaart of de consument. Niet uit te sluiten is dat in de zorgsector grotere veilige havens geformuleerd kunnen worden. Alleen gedetailleerde sectorspecifieke analyse, op basis van *first principles* (Artikel 6.3 Mw), kan dit echter uitwijzen. De NMa heeft echter geen zelfstandige analyse gedaan die rekening houdt met de specifieke kenmerken van de zorgmarkt. Zie voor een aanzet hiervoor § 4.3.3.

Gegeven de realiteit in de markt biedt het in rnr. 180 genoemde marktaandeel van 30% sowieso weinig soelaas. Deze opmerking geldt zeker voor dementieketens: de ketenmanager zal de grootste thuiszorgorganisatie in de keten willen opnemen, en deze heeft in vrijwel alle gevallen een marktaandeel van meer dan 30%. Het is zeer wel bekend dat marktaandeel heel weinig zegt over marktmacht, en daarom ook weinig informatief is met betrekking tot de mogelijkheid en prikkel tot uitsluiting van de concurrenten. Opnieuw geldt dat alleen gedetailleerde analyse uitsluitsel kan brengen. Zie daarvoor ook de volgende deelparagraaf.

4.3.3 Uitsluitingseffecten

In § 3.1 hebben we reeds het eerst deel van randnummer 174 van de Richtsnoeren geciteerd. Het tweede deel luidt:

“Een dergelijke [multidisciplinaire] samenwerking kan een vorm van exclusiviteit inhouden (over en weer), immers de zorgaanbieders zullen hun

patiënten in het kader van de samenwerking doorgaans exclusief doorverwijzen naar elkaar.”

Het onderscheid dat hier gemaakt wordt tussen samenwerking met en zonder exclusiviteit is zeer relevant. Zoals de Richtsnoeren benadrukken, speelt het potentiële uitsluitingsgevaar vooral wanneer de ketenpartners exclusiviteitsafspraken maken (X verplicht zich ertoe patiënten alleen naar Y door te verwijzen, of X en Y maken gebruik van een informatiesysteem waartoe derden geen toegang hebben, zodat deze derde de patiënt geen redelijk alternatief kan bieden). We merken echter op dat in de door ons onderzochte dementieketens geen sprake is van exclusiviteit. Integendeel, de praktijk daar is dat alle partijen die aan zorginhoudelijke voorwaarden voldoen mee mogen doen. Zonder exclusiviteit is er geen mogelijkheid tot uitsluiting, mits de toegangsvoorwaarden voor participatie in de keten redelijk zijn. Voorwaarden van redelijkheid betreffen hier vooral zorginhoudelijke criteria; zo lang deze niet discriminerend zijn, en niet op een te hoog niveau vastgesteld, is er geen probleem. Zie hiervoor ook de randnummers 201-203 van de richtsnoeren. Hierop kan eenvoudig worden toegezien.

Reuder et al (2009) geven een uitvoerige beschouwing over wanneer uitsluiting als in randnummer 179 van de Richtsnoeren een reëel gevaar vormt. In tegenstelling tot de algemene aanpak die de NMa volgt, nemen zij wel de zorgsector als uitgangspunt, en analyseren ze op een iets hoger niveau dan de NMa doet. Zij geven dus een aanzet tot de analyse op basis van *first principles*, waarvoor ze aansluiten bij het (Europese) denkkader over niet-horizontale fusies⁴⁷. Preciezer: zij nemen niet de daarin afgeleide marktaandelen als uitgangspunt, maar het denkkader dat tot deze marktaandelen leidt. Reuder et al (2009) betogen bovendien dat aan de drie in deze richtsnoeren genoemde voorwaarden voor anti-competitieve uitsluiting (de mogelijkheid tot uitsluiting, de prikkel tot uitsluiting, en het negatief effect van uitsluiting), bij samenwerkingsovereenkomsten betreffende het zorgaanbod niet al te snel voldaan zal zijn. Belangrijke elementen daarbij zijn dat het niet om fusies gaat, maar om samenwerking, en dat de aanbieders “not-for profits” zijn. Dit impliceert dat vooral de

⁴⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:NL:PDF>

prikkel tot uitsluiting minder is. Daarnaast wijzen deze auteurs erop dat, zelfs als aan deze voorwaarden voldaan is, het effect voor de patiënt nog positief kan zijn. Ik kan mij in grote lijnen in hun analyse vinden. In het door Kuipers en De Haan geschreven deelrapport wordt een overeenkomstige conclusie getrokken.

4.3.3 Conclusie

De conclusie die uit het bovenstaande volgt is dat het wenselijk is dat de NMa de tekst in randnummer 180 vervangt door een tekst die meer en directer aansluit bij de economische realiteit van de zorgmarkt, en met de Europese richtsnoeren en denkkaders over niet-horizontale fusies en verticale restricties. Algemener geldt, in overeenstemming met het gestelde in § 2.5, dat § 4.3 van de Richtsnoeren bij voorkeur aangevuld wordt met een tekst waarin de NMa aangeeft hoe zij de analyse met betrekking tot zorgketens zal uitvoeren. Er kan daarbij niet alleen oog zijn voor de potentiële nadelen, ook een “theory of benefits” moet geformuleerd worden, alsmede welke criteria gehanteerd zullen worden om kosten en de baten tegen elkaar af te wegen.

4.4. Netwerken waarin (potentiële) concurrenten participeren

In meer algemene zorgnetwerken (“dikkere” ketens) participeren niet alleen aanbieders van zuiver complementaire producten, maar ook aanbieders die met elkaar concurreren, of die potentiële concurrenten van elkaar zijn.⁴⁸ De vraag die nu opkomt, is wat de aanbieders mogen doen als zij concurrenten, of potentiële concurrenten, van elkaar zijn. Deze situatie is niet uit te sluiten; integendeel, de situatie is eerder regel dan uitzondering, in ieder geval bij dementie.

⁴⁸ Het onderscheid betreft de mate waarin investeringen gedaan moeten worden om het product van de ander te kunnen aanbieden. Beschouw bijvoorbeeld het Cournot-voorbeeld uit § 5.2. Als X onmiddellijk kan reageren op een prijsverhoging van Y door het aanbod van product y uit te breiden zijn X en Y concurrenten; als de reactie tijd vergt, maar wel mogelijk is, zijn het potentiële concurrenten.

4.4.1 Eerst de horizontale aspecten of integrale beoordeling?

In randnummer 123 van de Richtsnoeren stelt de NMa dat eerst de horizontale aspecten beoordeeld moeten worden:

“In de praktijk kan een overeenkomst tussen ondernemingen elementen bevatten van zowel horizontale als verticale afstemming. Zo kan een diabetesketen bijvoorbeeld bestaan uit een samenwerking tussen diëtisten en huisartsen (verticaal), maar kan zo’n keten ook de samenwerking tussen huisartsen onderling (horizontaal) betreffen. In een dergelijk geval dienen éérst de horizontale aspecten van de overeenkomst getoetst te worden aan de mededingingswetgeving. Alleen in het geval een beoordeling gunstig uitvalt, dienen vervolgens de verticale aspecten beoordeeld te worden. Reden hiervoor is dat in het algemeen wordt aangenomen dat horizontale beperkingen schadelijker zijn voor de mededinging dan verticale beperkingen”.

Het is juist dat, in het algemeen, horizontale beperkingen schadelijker kunnen zijn dan verticale. Echter, waar de NMa geen oog voor lijkt te hebben is dat de horizontale afspraken een onlosmakelijk onderdeel kunnen zijn van de verticale. In de volgende subparagraaf geven we een voorbeeld daarvan. In zo’n geval heeft integrale beoordeling de voorkeur. Het is een keuze van de NMa om eerst de horizontale aspecten te beoordelen, maar het hoeft echter niet *per se* op deze manier. Er kan een analogie met fusies gemaakt worden.⁴⁹ Artikel 10 Mw stelt bijvoorbeeld:

“Artikel 6 geldt niet voor overeenkomsten (.....) die rechtstreeks verbonden zijn aan een economische concentratie als bedoeld in Artikel 27 en die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de desbetreffende concentratie”.

Nu gaat het in dit citaat om fusies en niet om samenwerkingsvormen, zodat dit artikel niet direct toepasbaar is op de problematiek waarmee wij hier van doen hebben, maar vanuit

⁴⁹ Een andere analogie is die betreffende “inherente beperkingen”, vergelijk het Arrest *Wouters* van het Europese Hof van Justitie, zaak C 309/99 van 19 februari 2002, i.h.b. overweging 97.

economisch perspectief is dat niet zo relevant. Het onderliggende idee is dat, als horizontale afspraken nodig zijn om een gewenste uitkomst te realiseren, deze niet verboden zijn, en dit kan ook voor minder vergaande vormen van samenwerking gemaakt worden. Als de samenwerking welvaartsverhogend is, en deze welvaartswinst alleen gerealiseerd kan worden als bepaalde horizontale beperkingen worden opgelegd, dan zouden deze beperkingen niet verboden moeten zijn. Opnieuw is de vraag wat het uitgangspunt moet zijn. Door de horizontale afspraken als uitgangspunt te nemen, en niet als afgeleide - als noodzakelijke voorwaarde om welvaartswinst te realiseren - neigt de NMa ernaar teveel samenwerkingsvormen die in het belang van de consument zijn af te wijzen.

4.4.2 Horizontale prijsafspraken in een netwerk

Indien in een netwerk (potentiële) concurrenten zijn opgenomen, moeten de afspraken die deze spelers betreffen op hun merites onderzocht worden. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen zorginhoudelijke afspraken (waaronder het delen van informatie), marktverdelingsafspraken en prijsafspraken. Bekijk bijvoorbeeld een netwerk voor dementiezorg. Idealiter zou men, vanuit het standpunt van de patiënt, twee zaken willen combineren: geïntegreerde zorg op basis van een gezamenlijk zorgplan en keuze waar mogelijk. Stel dat thuiszorg een onderdeel is van het zorgplan en dat in een regio meerdere thuiszorgaanbieders actief zijn. Formeel, veronderstel dat in het zorgplan de diensten x en y en, thuiszorg, z zijn opgenomen, dat x , y en z complementair zijn, en dat er in de regio slechts één aanbieder voor x is, en slechts één aanbieder voor y , respectievelijk X en Y . Indien er slechts één thuiszorgaanbieder in de keten wordt opgenomen, mag de keten een geïntegreerd aanbod doen; we zijn dan immers in de situatie van § 4.3.1. Veronderstel dat het aanbod bestaat uit een zekere combinatie van de diensten x , y en z voor een integraal tarief P en dat de aanbieders afspreken dit over de drie aanbieders te verdelen als $P = p_x + p_y + p_z$. Hetzelfde aanbod, maar dan gedaan door een netwerk waarin meerdere thuiszorgaanbieders zijn opgenomen is vanuit het standpunt van de patiënt te prefereren: hij krijgt dezelfde diensten, maar heeft de keuze tussen meerdere thuiszorgaanbieders. De financier betaalt evenveel, dus ook deze is tevreden.

In deze “dikkere” keten is er echter geen prijsconcurrentie meer tussen de verschillende thuiszorgaanbieders; zij hanteren immers dezelfde prijs p_z . Letterlijke lezing van randnummer 132 van de Richtsnoeren doet vermoeden dat de NMa deze dikkere keten zou verbieden: zij ziet prijsafspraken als afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken. Voor de volledigheid, en om misverstanden te voorkomen, geven we hieronder de letterlijke tekst van randnummer 132 van de richtsnoeren (zonder de voetnoot die in het document aan de tekst hangt):

“In het algemeen strekken prijsafspraken tussen concurrenten, voor welk product of welke dienst dan ook, ertoe de mededinging te beperken. Dergelijke doelbeperkingen (beperkingen die tot doel hebben de mededinging te beperken) verminderen de normale ondernemersrisico’s. Overeenkomsten tussen ondernemingen die betrekking hebben op prijzen en tarieven, waaronder kortingen en toeslagen worden gerekend, vallen onder het kartelverbod en zijn in beginsel verboden.”

Twee opmerkingen zijn op hun plaats. Ten eerste is het niet zo dat prijsafspraken er altijd (of in het algemeen) toe strekken de mededinging te beperken, en dat er een *per se* verbod op horizontale prijsafspraken is. Uit de randnummers 161 en 162 van de Richtsnoeren volgt bijvoorbeeld dat de NMa toestaat dat concurrenten met elkaar samenwerken om waarneming voor nacht- of weekeinddiensten te organiseren; zij kunnen daarbij ook samen met zorgverzekeraars onderhandelen over prijzen. Het idee hierbij is dat zonder de afspraak de dienst niet tot stand komt; er kan dus geen beperking van de concurrentie zijn: de afspraak maakt de dienst mogelijk. Verder heeft in de *NIP*-zaak over de psychologentarieven het CBb uiteindelijk geoordeeld dat het prijsadvies van het NIP geen afspraak met als strekking de beperking van de prijsconcurrentie inhield en overigens geen mededingingsbeperkend effect had.⁵⁰ Ook buiten de zorgsector geldt dit. In *Visa* heeft de Europese Commissie geoordeeld dat interbancaire vergoedingen ter

⁵⁰ LJN: BF8820, College van Beroep voor het bedrijfsleven, AWB 06/667, 6 oktober 2008

vergemakkelijking van de afwikkeling van betaaltransacties vrijgesteld konden worden op grond van Artikel 81.3 EG (nu Artikel 101.3 VWEU).⁵¹

Ten tweede is er naar mijn mening in de geschetste situatie geen sprake van een prijsafsprak. Juist is dat de concurrerende, participerende, thuiszorgaanbieders alle het tarief p_z vergoed krijgen als zij door een dementiepatiënt gekozen worden. Maar dit wil niet zeggen dat er een prijsafsprak is. Men kan zich bijvoorbeeld voorstellen dat er een ketenmanager is, bijvoorbeeld X , die het zorgaanbod samenstelt, en de tarieven vaststelt. Vervolgens kan X dan alle thuiszorgaanbieders die bereid zijn de gewenste dienst z te leveren tegen het tarief p_z in de keten opnemen. Hier is niets mis mee; uiteindelijk gaat het slechts om het geaggregeerde tarief P (relevant voor de financier) en de combinatie van diensten x , y en z (die relevant is voor de patiënt); hoe het tarief verdeeld worden tussen de betrokken aanbieders is een verdelingsvraagstuk tussen die drie aanbieders onderling, maar geen mededingingsvraagstuk.

4.4.3 Conclusie

De mededingingsautoriteit zou niet in de weg moeten staan van arrangementen aan de aanbodzijde, die, gezien vanuit de vraagzijde (financiers en cliënten), Pareto verbeteringen zijn. De huidige Richtsnoeren kunnen bij letterlijke lezing tot de conclusie leiden dat er een groot risico is dat de NMa wel in de weg staat. Immers de NMa stelt in de Richtsnoeren dat samenwerking altijd eerst op mogelijk horizontale beperkingen moet worden beoordeeld, en zij is kritisch over dergelijke horizontale afstemming. In het belang van de patiënt is het echter beter de afspraken integraal te toetsen. Het is op grond van het bovenstaande derhalve wenselijk dat de NMa randnummer 178 van de richtsnoeren verduidelijkt en expliciet aangeeft dat ook “dikkere ketens” (netwerken) van de daar genoemde vrijstelling kunnen profiteren. Voor het overige verwijzen we naar de algemene conclusie die we formuleerden in § 4.3.3.

⁵¹ Zie Visa, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:318:0017:0036:nl:PDF>

5. Conclusie

De zorgsector is bijzonder, onder andere vanwege het feit dat diverse vormen van marktfalen (waaronder positieve externaliteiten) bij het zorgaanbod een rol spelen. Dit impliceert dat samenwerking tussen zorgaanbieders niet uitsluitend verdacht is. Samenwerking tussen aanbieders kan nodig zijn om optimaal aan de wensen van de cliënt/patiënt tegemoet te komen. Concurrentie dwingt aanbieders om optimaal in te spelen op de wensen van de vraagzijde. Intensere concurrentie kan bijgevolg nopen tot meer intensieve vormen van samenwerking.

Dat de zorgsector bijzonder is wordt ook in het beleid erkend. In het beleid van VWS wordt met een aantal vormen van marktfalen expliciet rekening gehouden; de liberalisatie van de markt geschiedt zeer behoedzaam en het eindperspectief is niet een markt met vrije concurrentie, maar een met gereguleerde marktwerking. De bewindslieden van VWS benadrukken het belang van samenwerking.

De NMa daarentegen ziet de zorgsector meer als een “normale” sector, waarin de enige vorm van marktfalen die zorgen baart marktmacht is. In zo’n normale markt mag er vanuit worden gegaan dat concurrentie goed is, zowel voor de economie als geheel als voor de consument, en zijn door aanbieders opgeworpen mededingingsbeperkingen verdacht. In zo’n “normale” markt moet de mededingingsautoriteit agressief zijn en mag zij aannemen dat (horizontale) samenwerking tussen aanbieders slecht is, en dus verboden moet worden. In een dergelijke markt past ook dat uitzonderingen op het kartelverbod zeldzaam zijn. In de zorg geldt dit alles echter niet noodzakelijk.

Dit verschil in perspectief komt ook in de Richtsnoeren voor de zorg tot uitdrukking. De NMa benadrukt daarin allereerst en vooral de negatieve aspecten van samenwerking tussen zorgaanbieders. Als de NMa stelt dat afspraken niet noodzakelijk verboden zijn, benadrukt zij daarbij in eerste instantie dat afspraken de mededinging niet noodzakelijk merkbaar beïnvloeden. Slechts secundair is er in de Richtsnoeren aandacht voor de mogelijk positieve effecten van samenwerking, en dat deze de (mogelijk) negatieve

effecten kunnen overstijgen. Zelfs in die context is er bij de NMa weinig aandacht voor de specifieke aspecten van de zorgsector. Als houvast om te bepalen of de voordelen de nadelen overstijgen verwijst de NMa in de Richtsnoeren namelijk naar algemene groepsvrijstellingen en richtsnoeren op Europees niveau. Per definitie houden deze geen rekening met de sectorspecifieke aspecten.

In feite bieden de huidige Richtsnoeren voor de zorgsector niet meer houvast dan de Europese groepsvrijstellingen.⁵² Dit biedt niet veel houvast; de in die groepsvrijstellingen gespecificeerde “veilige havens” zijn te smal, of kunnen, gezien de specifieke eigenschappen van de zorgsector, verwacht worden te smal te zijn. Wat de grenzen zijn kan in principe uitsluitend bepaald worden op basis van gedetailleerde, economische en juridische analyse, waarbij met de sectorspecifieke eigenschappen rekening gehouden wordt. Omdat in de huidige Richtsnoeren niet, of in ieder geval onvoldoende rekening gehouden wordt met de specifieke eigenschappen van de zorgsector, en omdat er in deze Richtsnoeren niet geanalyseerd wordt, schieten de Richtsnoeren tekort. In dit rapport wordt daarom gepleit voor aangepaste richtsnoeren, waarin meer rekening gehouden wordt met de sectorspecifieke eigenschappen, en waarin door middel van analyse, of in ieder geval door het aangeven van het analysekader, meer *guidance* aan marktpartijen geboden wordt.

Voor wat betreft het analysekader werd in § 2 van dit rapport betoogd dat de NMa zich zou kunnen spiegelen aan de praktijk bij de Europese Commissie. De richtsnoeren van de Commissie, zoals de richtsnoeren voor verticale overeenkomsten, geven een goed beeld van de methode die de Commissie hanteert om te bepalen of aan de uitzonderingscondities van het kartelverbod voldaan is. Hierbij specificeert de Commissie duidelijk de voor- en nadelen, en hoe deze tegen elkaar afgewogen kunnen worden. Op deze manier wordt van marktpartijen meer houvast gegeven dan de NMa in de huidige richtsnoeren doet.

⁵² Met uitzondering, wellicht, van randnummer 178.

Voor wat betreft de combinatie van analyse en sectorspecifieke eigenschappen werd in § 3 van dit rapport betoogd dat, op de zorgverleningsmarkt, samenwerkingsvormen inderdaad voordelen kunnen brengen, en bovendien, dat samenwerking nodig kan zijn om deze voordelen te realiseren. Daartoe werden drie “modellen” gepresenteerd. Het eerste model laat zien dat, bij complementaire aanbieders, samenwerking (geïntegreerd aanbod) inderdaad tot betere resultaten leidt dan concurrentie. Het tweede model laat zien dat formele afspraken nodig kunnen zijn bij investeringen met *spill-over* effecten. Zonder formele afspraken resulteert een *free rider* probleem, wat ertoe kan leiden dat de extra investering niet gedaan wordt, met nadeel voor de patiënt als gevolg. Het derde model illustreert dat een vergelijkbare *prisoners’ dilemma* situatie kan ontstaan als meerdere partijen de behandeling voor hun rekening kunnen nemen. Ook in dit geval zijn afspraken nodig. De modellen leiden tot de conclusie dat, in geval van (positieve) externaliteiten, de marktuitsluiting bij onafhankelijk (competitief) handelen, suboptimaal kan zijn, en dat afspraken nodig kunnen zijn om betere uitkomsten te realiseren.

In § 4 werden deze ideeën dan toegepast op ketenzorg en meer algemene zorgnetwerken. Het onderscheid is dat ketens “zuiver verticaal” zijn, terwijl netwerken ook aanbieders kunnen bevatten die met elkaar concurreren. Allereerst werd een definitie van ketenzorg gegeven. Vervolgens werden de verschillende “theories of harm” besproken die in de Richtsnoeren behandeld worden. Op dit punt is er overigens een opmerkelijk verschil met de richtsnoeren van de Europese Commissie: deze specificeren niet alleen de “theory of harm”, maar ook de potentiële voordelen, en zijn dus meer gebalanceerd. In § 4 werd betoogd dat niet alleen met deze “theories of harm” rekening gehouden moet worden, maar ook met de potentiële voordelen, bijvoorbeeld die geanalyseerd in § 3.

In § 4 hebben we laten zien dat een beter afgewogen analyse meer ruimte zal bieden voor ketensamenwerking. Op dit punt werden ook een aantal concrete suggesties gedaan:

- (i) Afspraken binnen een zorgnetwerk hoeven niet noodzakelijk een probleem te zijn. Horizontale afspraken kunnen ertoe leiden dat meerdere partijen tot de keten toetreden, waardoor het netwerk attractiever wordt voor cliënten, zonder de overige spelers te benadelen; als een keten toegestaan wordt, zou ook een netwerk

dat objectief beter is (een Pareto verbetering ten opzichte van de keten) toegestaan moeten worden.

- (ii) Als gevolg van het bovenstaande is het wenselijk de horizontale aspecten van een netwerk niet afzonderlijk te beoordelen, maar als integraal onderdeel van het netwerk; de horizontale afspraken kunnen nodig zijn om de (verticale) voordelen te realiseren;
- (iii) Uitsluiting door een keten is minder vaak een probleem dan in de Richtsnoeren gesuggereerd wordt; om te zien of het gevaar van uitsluiting reëel is, moet onder andere getoetst worden of ketenspelers de mogelijkheid hebben en prikkels ondervinden om de markt voor concurrenten af te schermen. Hieraan zal niet snel voldaan zijn, en zelfs dan is er niet noodzakelijk een negatief effect. In ieder geval bestaat het gevaar alleen bij ketens waarin van exclusiviteit sprake is.
- (iv) Als gevolg van het in (iii) gestelde zijn de marktaandeelcriteria die in de Richtsnoeren geformuleerd worden i.h.a. te krap bemeten; in ieder geval moet hierbij een onderscheid gemaakt worden tussen ketens met en ketens zonder exclusiviteit.

De eerste hoofdconclusie is dat een meer afgewogen oordeel van zorgnetwerken laat zien dat de risico's op nadelen minder groot zijn dan in de Richtsnoeren betoogd wordt, terwijl er bovendien voordelen zijn die in de Richtsnoeren onderbelicht blijven. Een meer afgewogen oordeel leidt dus tot een positiever appreciatie van zorgnetwerken, met als conclusie dat ze eerder toegestaan kunnen worden.

Een tweede conclusie is dat de NMa marktpartijen meer houvast kan geven door zich te spiegelen aan de Europese Commissie. In randnummer 8 van de huidige Richtsnoeren stelt de NMa dat zij op verzoek van partijen een schriftelijke informele zienswijze kan geven over de interpretatie van Artikel 6 Mw of Artikel 101 VWEU. De NMa noemt daarvoor vier cumulatieve voorwaarden:

1. er is sprake van een nieuwe rechtsvraag;
2. er is sprake van een groot maatschappelijk en/of economisch belang;

3. de door verzoeker verschaft informatie moet voldoende zijn om een informele zienswijze op te kunnen stellen, dus zonder dat er nader feitelijk onderzoek van de NMa nodig is;
4. in de handhavingsprioriteiten van de NMa is ruimte voor het geven van een informele zienswijze in deze specifieke casus.

Dit rapport heeft laten zien dat de zorgsector bijzonder is en dat dus aan de eerste voorwaarde voldaan is. Ook aan de tweede voorwaarde is voldaan. Het is aan partijen om aan de derde voorwaarde invulling te geven, maar ondertussen heeft de NMa vermoedelijk ook zelf al voldoende relevante informatie verzameld. De vierde conditie is een kwestie van interne prioriteitstelling van de NMa. Gegeven het grote belang van een goed functionerende zorgsector, ligt het voor de hand dat de NMa hieraan inderdaad prioriteit geeft. Bij voorkeur zou een dergelijke informele zienswijze dan algemeen zijn, en neergelegd worden in de herziene Richtsnoeren, en wel in de vorm van een analysekader dat in individuele gevallen gebruikt kan worden.